Fitting

Ueber den Begriff

von

Haupt- und Gegenbeweis

und verwandte Fragen.

Eine Abhandlung

von

Hermann Heinrich Fitting,
Doctor der Rechte.

Erlangen,
Verlag von Andreas Deichert.
1853.

Druck von Junge & Sohn.

Vorrede.

Nur mit Schüchternheit wagt es der Verfasser, dies Schriftchen und damit seinen ersten Versuch auf dem Gebiete der Wissenschaft der Oeffentlichkeit zu übergeben. Der erste Plan dazu entstand in ihm durch die Wahrnehmung, wie viele und wichtige Streitfragen noch in der Lehre vom Haupt- und Gegenbeweise bestehen, — Streitfragen, die ihm hauptsächlich nur in der Unbestimmtheit der Begriffe von Haupt- und Gegenbeweis ihren Grund zu haben schienen. Es galt daher, diese Unbestimmtheit zu heben. Indem der Verfasser dieses unternahm, sah er aber bald die Nothwendigkeit ein, seine Untersuchung über jene Begriffe hinaus auch auf den des Beweises im Allgemeinen zu erstrecken. Er that dies um so lieber, als eine genaue Bestimmung dieses Begriffes an der Zeit sein dürfte, wenn nicht in der ganzen Beweislehre eine — theilweise schon entstandene — Verwirrung einreißen soll.

Oder was soll man sagen, wenn jeder Schriftsteller drei oder gar vier verschiedene und von denen der andern Schriftsteller wieder abweichende Bedeutungen des Beweises angibt, und zwar häufig so, daß nach der einen Bedeutung der Beweis ganz gut ein Nichtbeweis nach der andern sein kann (wie ein Rechtslehrer mit einer gewissen Naivetät bemerkt hat), — dann aber im Verlaufe seiner Darstellung immer nur von Beweis spricht, ohne anzugeben, welche Bedeutung er jedesmal mit diesem Worte verbinde? Das Errathungsvermögen des Lesers reicht hier nicht immer aus, und doch nimmt offenbar so mancher Saz eine ganz andere Gestalt an, je nachdem man ihn z. B. vom Beweise in der Bedeutung als Inbegriff der Beweisgründe oder vom Beweise in der Bedeutung als Beweisführung aufstellt. Um diesen Mißstand so recht zu veranschaulichen, hat auch der Verfasser die — eigentlich und strenggenommen außer dem Zwecke dieser Abhandlung liegende — ins Einzelne gehende Darstellung der verschiedenen Ansichten über Beweis nicht weglassen zu sollen geglaubt.

Nun noch einige Worte über den Gesichtspunkt, von dem der Verfasser bei seiner Arbeit ausgegangen! Dieser Gesichtspunkt ist aber der — leider häufig noch allzu wenig beachtete —, daß das Recht, seinem lezten Grunde nach aus dem Bedürfnisse des Lebens hervorgegangen und seinem Zwecke nach bestimmt, diesem Bedürfnisse zu dienen, nur durch eine Anknüpfung an das Leben selbst und seine Erscheinungen richtig verstanden und gewürdigt wer-

den kann. Nur indem wir uns in das bunte Treiben und Gewoge des Verkehres versezen, das tausendgestaltige Bedürfniß und die entgegengesezten Interessen ins Auge fassen, und die daraus fließenden Anforderungen an das Recht uns vergegenwärtigen, wird dasselbe aus einem Wuste von trockenen und anscheinend willkürlichen Regeln und Vorschriften zu einem lebendigen und lebensfrischen Organismus. Wenn wir dabei die Unterordnung jener Mannigfaltigkeit unter höhere Grundsäze und deren Zurückführung auf einen einheitlichen Grundgedanken nicht außer Augen lassen, so haben wir eine wahre Rechtswissenschaft begründet. Nur auf diesem Wege, auf dem die römischen Rechtsgelehrten jenen wunderbaren Rechtsbau geschaffen, und den, wie man mit Vergnügen bemerken muß, in unserer Zeit wieder große Rechtsforscher eingeschlagen haben, wird das Recht einerseits vor theoretischer Einseitigkeit, andererseits vor s. g. praktischer Verflachung und Verknöcherung bewahrt; es gestaltet sich ein Wechselverkehr zwischen Wissenschaft und Leben, der für beide nur fruchtbringend sein kann und uns zugleich die besten Fingerzeige zur Fortbildung des Rechtes an die Hand gibt. — Diese Auffassung hat der Verfasser bezüglich eines Theiles der Beweislehre, einer Lehre, die vielleicht mehr als jede andere der Erklärung aus dem Leben bedarf, durchzuführen versucht. Ob und inwiefern ihm dieser Versuch geglückt ist, darüber muß er Andern das Urtheil anheimgeben. Möge nur dies Urtheil nicht allzu streng ausfallen, und möge man, wenn man auch sein Schriftchen sollte verwerfen zu müssen glauben, wenigstens

der Person des Verfassers die Nachsicht zu Theil werden lassen, welche er wegen seiner Jugend und nach jenem Saze beanspruchen zu dürfen glaubt:

Ut desint vires, tamen est laudanda voluntas.

Speyer im August 1853.

Der Verfasser.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

---

§. 1.

Von allen Lehren des Civilprocesses, ja vielleicht der ganzen Rechtswissenschaft ist unstreitig eine der wichtigsten die Beweislehre; und zwar sowol für die Theorie, als für die Praxis. Für die Theorie; denn vielleicht in keiner andern Lehre kann sie so frei sich bewegen, ist sie so wenig durch positive Vorschriften beengt, und selbst, wo solche bestehen, so sehr angewiesen, dieselben aus der Natur der Sache zu erklären und abzuleiten, als gerade in dieser. Für die Praxis aber erhellt ihre große Bedeutung schon daraus, daß es ja im Rechtsleben regelmäßig weit mehr auf den Beweis, als auf das Recht selbst ankommt.

Unter den einzelnen Theilen der Beweislehre tritt wieder besonders die Lehre vom Haupt- und Gegenbeweise hervor. Um so mehr muß man sich wundern, daß diese Lehre bisher immer nur ziemlich stiefmütterlich behandelt worden ist; denn,

wenn auch alle Lehrbücher des Processes und alle Schriften über die Beweislehre den Haupt- und Gegenbeweis berühren, so haben wir doch verhältnißmäßig nur äußerst wenige Schriften aufzuweisen, welche sich eine Erörterung dieses Gegenstandes zur eigentlicheu Aufgabe gesezt haben [1]). Es sind freilich gerade die größten Meister unserer Wissenschaft, denen wir hauptsächlich diese Bearbeitungen verdanken, und man könnte deßhalb zu dem Glauben geneigt sein, deren geringe Zahl rühre wol nur daher, daß eben nach solchen Vorgängern nichts mehr zu erörtern übrig sei. Allein ungeachtet der großen Verdienste,

---

1) Die häuptsächlichsten Schriften über Haupt- und Gegenbeweis sind:

G. A. Joachim: Diss. jurid. de differentia reprobationis a probat. actionis et excc. peremtor. Lips. 1730.

Fr. Krohn: Diss. inaug. jurid. exhib. selecta cap. process. de prob et reprob. Erlang. 1782.

C. Chr. G. Schneider: Vollst. Lehre v. rechtl. Beweise in bürg. Rechtssachen. Zuerst 1803. — Neu herausgegeb. v. C. Hofmann. Gießen 1842. Zweiter Theil.

v. Gönner: Handbuch des deutsch. gem. Prozesses. 2. Aufl. Bd. 2. Erlang. 1804. Abh. 41 u. 42.

Carl Christ. Collmann: Grundlinien einer Theorie des Beweises im Civilproceß. Braunschweig 1822. Kap. 2 S. 71 ff.

v. Linde: Abhandlungen aus d. gem. deutsch. Civilproc. Bd. 1. Bonn 1823. Abh. II S. 49 ff.

Mittermaier: Beiträge z. Lehre v. Gegenbeweise. Im Archiv. f. civ. Prax. Bd. VI, 17 S. 342 ff. (1823.)

Seit 1823 ruht die Lehre vom Gegenbeweise fast gänzlich. Nur eine Zusammenstellung des heutigen Standes derselben nach den angeführten Schriften gibt:

A. Ch. J. Schmid: Handbuch des gem. deutsch. Civilprocesses. Kiel 1843 §. 117 (S. 134 ff.

Andere einschlägige Schriften sollen im Laufe der Darstellung angegeben werden.

welche sich jene Männer um unsere Lehre erworben haben, wird doch bei näherer Betrachtung jeder Unbefangene gestehen müssen, daß dieselbe noch keineswegs als erschöpft angesehen werden kann, und daß namentlich über das eigentliche Wesen des Haupt- und Gegenbeweises noch manches Dunkel verbreitet ist. Dieses zu zerstreuen, sollte in der gegenwärtigen Abhandlung versucht werden. Ist es dem Verfasser auch nicht gelungen, überall die Wahrheit zu treffen, so hat er doch vielleicht in manchen Stücken etwas Richtiges gefunden. Jedenfalls wird er schon dann seine Arbeit nicht für verfehlt erachten, wenn dieselbe auch nur den Schriften eines Gönner, Linde, Mittermaier gegenüber nicht für gänzlich überflüssig gehalten werden sollte.

Was nun den Gegenstand betrifft, so war keineswegs eine vollständige Darstellung der Lehre vom Haupt- und Gegenbeweise beabsichtigt. Es sollten vielmehr hauptsächlich nur diese Begriffe selbst und ihr eigentliches Wesen näher untersucht, und dabei blos gelegentlich einzelne verwandte Fragen betrachtet werden. Um aber für jene Begriffe eine sichere Grundlage zu gewinnen, mußte ihrer Erörterung eine Untersuchung über den Begriff des Beweises im Allgemeinen vorausgeschickt werden. Ueber keinen Begriff in der ganzen Rechtswissenschaft herrscht vielleicht eine so große Meinungsverschiedenheit, ja Meinungsverwirrung unter den Rechtsgelehrten, als gerade über diesen. Wenn es daher schon in Betracht seiner Wichtigkeit eine dankbare Aufgabe ist, ihn einmal näher zu beleuchten: so ist dies für Den, welcher sich eine Erörterung der Begriffe von Haupt- und Gegenbeweis zum Ziele gesteckt hat, geradezu unumgänglich. Denn eine richtige Auffassung dieser Begriffe ist natürlich ohne eine klare Ansicht über den des Beweises nicht möglich.

So zerfällt denn diese Abhandlung naturgemäß in zwei Abtheilungen, wovon sich die erste mit der Natur des Beweises überhaupt, die zweite mit der des Haupt- und Gegenbeweises beschäftigt.

Erste Abtheilung.

Vom Beweise überhaupt.

I. Vom Begriffe des Beweises.

§. 2.

1) Vom Wesen der s. g. juristischen Gewißheit.

Wenn ein processualischer Angriff, d. i. die gerichtliche Geltendmachung eines Rechtsanspruchs gegen einen Andern Erfolg haben soll, so bedarf es im Allgemeinen einer doppelten Voraussetzung. Es müssen nämlich:

1) Thatsachen angegeben sein (Geschichtserzählung), wegen deren zufolge eines Rechtssazes (Rechtsgrund) dem Angreifer der erhobene Anspruch zustehe, und es muß:

2) Das Dasein dieses Rechtssazes und dieser Thatsachen auch gewiß sein.

Von diesen beiden Erfordernissen, welche so wesentlich sind, daß auf ihnen die Eintheilung des ganzen gemeinrechtlichen Verfahrens in das erste und in das Beweis-Verfahren beruht, kommt bei einer Untersuchung über den Begriff des Beweises nur das zweite, das Erforderniß der Gewißheit der processualischen Behauptung in Betracht.

Was nun diese im Civilprocesse erforderliche Gewißheit betrifft, so wäre es zuvörderst denkbar, daß das Recht im bürgerlichen Verfahren, wie im peinlichen, eine objective, d. h. jede Möglichkeit des Gegentheils ausschließende Gewißheit, m. a. W. eine unzweifelhafte Ermittelung des wirklichen Sachverhalts forderte. Allein eine solche Gewißheit wäre in den

meisten Fällen gar nicht herzustellen, weßhalb sehr häufig wohlbegründete Rechte ungeschüzt bleiben müßten. Sie ist auch gar nicht nothwendig, indem es sich im Civilprocesse um Rechte handelt, deren Geltendmachung und Verwirklichung lediglich im Interesse der Parteien liegt, worüber diese daher verfügen und worauf sie folgeweise auch verzichten können. Endlich würde doch, wenn man objective Gewißheit verlangte, zulezt Alles auf das subjective Ermessen des Richters ankommen; denn man müßte es ja diesem überlassen, zu beurtheilen, ob genügende Gründe zur Annahme einer objectiven Gewißheit vorhanden seien oder nicht. [1])

Einer blos subjectiven Ueberzeugung des Richters aber Alles anheimzugeben, was die zweite Möglichkeit wäre, erschien hauptsächlich deßwegen als bedenklich, weil dadurch die Möglichkeit der Geltendmachung der Parteienrechte eine höchst schwankende Grundlage erhalten würde, indem sie oft nur von der Individualität des Richters abhinge. Ein übermäßig bedenklicher und gewissenhafter Richter würde häufig nur sehr schwer, einer leichtern Sinns wieder allzuleicht zu überzeugen sein. Auch wäre der Parteilichkeit und Willkür des Richters ein allzugroßer Spielraum gegeben.

Von diesen und ähnlichen Erwägungen geleitet kam das

---

1) Eine mathematische Gewißheit könnte man doch begreiflicherweise niemals fordern. Daß aber wirklich das Erfordern einer materiellen, objectiven Wahrheit, m. a. W. das gänzliche Absehen von allen positiven Beweisregeln dazu führen muß, lediglich die Ueberzeugung des Richters entscheiden zu lassen, das sehen wir im römischen Processe, wo man nach materieller Wahrheit strebte (Zimmern: Geschichte des röm. Privatrechts. Bd. 3. Heidelberg 1829. S. 401 a. E. verb. mit S. 398 a. Anf.), und im heutigen deutschen, sowie im französischen Criminalprocesse, in welchem ja die Geschworenen nur nach ihrer innersten (also subjectiven) Ueberzeugung (intime conviction) urtheilen sollen. Im heutigen Strafverfahren liegt das objective Moment nur darin, daß eine Mehrzahl von Urtheilern aufgestellt ist. — Ob übrigens ein solches Verwerfen jeder Beweistheorie, auch selbst im Strafprocesse, rathsam ist, ist eine hier nicht näher zu untersuchende Frage, die indessen eher mit Nein als mit Ja zu beantworten sein möchte.

gemeine Recht dazu, einen dritten Weg, gleichsam einen Mittelweg einzuschlagen. Es hat nämlich die Annahme der Gewißheit einer im Processe angeführten Thatsache von dem Dasein bestimmter, gesezlicher Gründe abhängig gemacht. Der Richter darf nur dann eine Thatsache als wahr annehmen, wenn solche Gründe vorliegen. Sind sie aber vorhanden, so muß er dieselbe als wahr betrachten, sollte er auch als Mensch nicht von ihrer Wahrheit, oder vielleicht sogar von ihrer Unwahrheit überzeugt sein. Man nennt dies die s. g. formelle oder juristische Wahrheit. [2])

Diese s. g. juristische Gewißheit muß sich indessen doch möglichst nahe an die objective Gewißheit anschließen; denn es wird immer das höchste, wenn auch nie völlig erreichbare Ziel aller Rechtspflege bleiben, das materielle Recht zur Geltung zu bringen, — eine Idee, welche auch das gemeine Recht beherrscht, und deren richtige Auffassung von großer Bedeutung für das Verständniß mancher, häufig noch sehr mißkannter Proceßnormen ist. Daraus erklärt sich z. B. die Befugniß des Richters, von Amts wegen einen Augenschein einzunehmen, Sachverständige beizuziehen, an die Zeugen auch Fragen zu stellen, welche nicht in den Beweisartikeln und Fragestücken enthalten sind u. A. m. (Vgl. §. 10.) Dieser Idee zufolge müssen jene Gründe, von deren Vorhandensein das Recht die juristische Wahrheit abhängig macht, solche sein, welche der Erfahrung nach in den meisten Fällen zur Annahme einer objectiven Gewißheit berechtigen, m. a. W. sie müssen auch nach rein menschlicher Betrachtung einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit liefern. Dies finden wir denn auch im Allgemeinen im gemeinen Recht. Indessen ist es irrig, wenn man

---

2) Weber: Ueber d. Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproc. 2te Ausg. mit Anmerkungen und Zusäzen von Dr. A. W. Heffter. Halle 1832. I §. 3 u. §. 6. — v. Gönner Hdbch. II, 37 §. 7; — Gensler im Archiv f. civilist. Prax. Bd. I S. 30 ff; — W. H. Puchta: Der Dienst der deutsch. Justizämter. Erlang. 1830 Thl. II §. 194; — Bayer: Vorträge über den gem. ordentl. Civilproceß. 7te Aufl. München 1842. S. 450 ff.

glaubt, die formelle Wahrheit bestehe immer in einer solchen Wahrscheinlichkeit; denn es kann diese ohne jene vorhanden sein, und umgekehrt. Es kommt vielmehr Alles auf das einzelne positive Recht an, was schon aus einer Vergleichung der Rechte verschiedener Länder ersichtlich ist. So ist z. B. nach manchen Gesezgebungen, wenn der Werth des Streitgegenstandes eine bestimmte Summe übersteigt, kein Zeugenbeweis zulässig [3]) u. dgl.

§. 3.

2) Verschiedene Ansichten über den Begriff des Beweises.

Ueber das so eben dargestellte Wesen der s. g. juristischen Gewißheit und darüber, daß es sich beim Beweise im Civilprocesse lediglich um eine solche formelle Wahrheit handle, sind Alle einig. In allen übrigen Punkten aber herrscht hinsichtlich der Begriffsbestimmung des Beweises die allergrößte Meinungsverschiedenheit. Bei einer Betrachtung der verschiedenen Ansichten müssen wir im Allgemeinen zwei große Gruppen der Juristen unterscheiden: nämlich solche, welche nur Einen Begriff mit dem Worte „Beweis" verbinden, und solche, welche diesem Worte mehrere Begriffe beilegen.

I. Zu Denjenigen, welche nur Einen Begriff des Beweises aufstellen, sind zunächst die meisten ältern Juristen zu zählen, deren Begriffsbestimmungen sämmtlich im Wesentlichen dahin gehen: Beweis sei

„die Handlung, wodurch dem Richter die juristische Ueberzeugung von der Wahrheit einer Thatsache verschafft werde."

Nur Wenige behalten indessen, wie z. B. Gesterding [1]), die Begriffsbestimmung in dieser einfachen Gestalt bei. Die Meisten nehmen in dieselbe noch andere Merkmale auf, nämlich

---

3) Z. B. code Napoléon art. 1341.

1) Ausbeute v. Nachforschungen üb. verschied. Rechtsmaterien. IV. Thl. 2. Abth. Greifswalde 1834 Th. II §. 7 S. 42 f. S. bei Gesterding a. a. O. §. 8 (S. 44) auch die Ansicht von Brissonius.

daß der Beweis die Handlung einer Partei [2]), und daß die zur juristischen Gewißheit zu bringenden Thatsachen streitig und relevant [3]) sein müßten. Sie fordern dann entweder diese Merkmale sämmtlich, wie Gönner (Handbuch II, 37 §. 7, S. 251) und Schaumburg [4]), oder doch Eines oder je zwei derselben [5]).

Eine andere Begriffsbestimmung des Beweises geben von den zu dieser Gruppe gehörigen Juristen nur einige Wenige. Dahin gehören namentlich Schneider a. a. O. §. 2:

„Beweis sind solche sinnlich wahrnehmbare Merkmale, an welchen der Richter die Wirklichkeit einer angegebenen Thatsache zuverlässig erkennen kann [6]).“

v. Tevenar [7]):

„Beweis ist dasjenige, wodurch die Erzählung oder Behauptung von einer Sache gewiß oder wahrscheinlich gemacht wird;“

endlich Pratobevera [8]):

---

2) Dagegen s. Gesterding a. a. O. §. 7 Nro. 1 (S. 42).

3) Gegen diese beiden Erfordernisse: Gesterding a. a. O. S. 43 u. Walch in seinem und Martin's Magazin f. den gem. teutsch. bürg. Proceß. Bd I Heft 1 (Göttingen 1802, Hdlbg 1829) S. 121.

4) Principia praxeos juridicae. Jenae 1738. §. I. Vgl. auch Jos. Mascard: Conclusiones probationum. Frcft. et Lips. 1731 vol. I, qu. II, Nro. 8.

5) Schaumburg: Comp. juris D. tit. de probat. §. 2; — Struv: Syntagma jur. civ. tit. de probat. §. 2; — Hellfeld: Jurispr. forens. §. 1141; — Heineccius: Elem. jur. civ. §. 115 (S. Gesterding a. a. O. §. 6 S. 40 ff.); — Joachim: Diss. cit. §. II; — W. A. Lauterbach: Collegium theoreticum-practicum. Tubing. 1706. Pars sec., pag. 242 seqq. ad lib. XXII, tit. III Dig. de probat. §. III.

6) Nach der Definition, welche Schneider a. a. O. §. 13 von „Beweismittel“ gibt („die Merkmale, auf welchen der Beweis beruht“), ist übrigens schwer einzusehen, worin nach Schn. der Unterschied zwischen Beweis und Beweismittel liegen soll.

7) Theorie der Beweise im Civilproceß. Neue Aufl. mit Zusätzen u. Anmerk. v. J. F. Jury. Magdeburg 1805. Einl. S. 2.

8) Materialen f. Gesetzkunde u. Rechtspflege in den Oesterreich. Staaten. Bd. II. Wien 1816. Abh. I §. I (S. 8).

„Beweis ist ein vom Gesetze gebilligter Grund, wodurch der Richter die ihm zur Anerkennung eines Rechtes nothwendige juridische Ueberzeugung einer streitigen Thatsache erlangt."

II. Die Aufstellung mehrerer Begriffe des Beweises schreibt sich vornehmlich von Nettelbladt [9]) her, der als Bedeutungen von Beweis angab:

1) die Ueberzeugung des Richters von der juristischen Wahrheit einer Thatsache;

2) die Handlung, welche dahin abzielt, dem Richter diese Ueberzeugung zu verschaffen,

3) die Mittel, wodurch der Beweisführer den Richter zu überzeugen sucht.

Seinem Vorgange sind, troz der Bemühungen v. Gönners a. a. O. zu zeigen, daß man mit dem Worte Beweis nur Einen und zwar den zweiten von Nettelbladt aufgestellten Begriff verbinden könne, die meisten neuern Juristen gefolgt. In der Regel nehmen sie dabei auch die von Nettelbladt angegebenen Bedeutungen von Beweis an; entweder vollständig, wie Danz [10]), Gensler (a. a. O. S. 29), Glück [11]), Linde [12]), W. H. Puchta [13]), oder doch, wie meist der Fall ist, mit einzelnen — geringern oder bedeuten-

---

9) Nettelbladt: Jurisprud. posit. Germ. comm. §. 97—100.

10) Grundsätze des ordentl. Prozesses. Vermehrt und umgearbeitet von Gönner. 5te Ausg. Stuttgart 1821. §. 236. — Betrachtet indessen doch den Beweis hauptsächlich als die Handlung einer Partei.

11) Erläuterung der Pandekten. XXI. Thl. 2te Abth. (1820) §. 1144.

12) Lehrbuch des deutsch. gem. Civilprocesses. 7te Auflage. Bonn 1850. §. 234. (Unter dem „Resultat der Beweisgründe" versteht doch wol Linde die „Ueberzeugung des Richters." Vgl. Linde Abhdl. I S. 49). — Gensler, Glück und Linde rechnen zu jenen drei Bedeutungen als vierte noch: „die Beweisgründe" hinzu. Vgl. jedoch Gensler a. a. O. S. 29 Note **.

13) a. a. O. §. 196 Nro. 5. — Nach Puchta bezeichnet Beweis auch noch „das Resultat der Beweisführung."

dern — Abweichungen. In die leztere Kategorie gehören: Martin [14]), Weber [15]), Walch [16]), Schmid [17]).

Einige der neuesten Processualisten unterscheiden endlich eine subjective und objective Bedeutung des Beweises, ohne jedoch über die damit zu verbindenden Begriffe einig zu sein. Nach Linde Abhdl. I S. 49 ist Beweis in objectiver Hinsicht:

„der Inbegriff von Gründen für die juristische Wahrheit einer Thatsache" [18]),

in subjectiver:

„das Resultat dieser Gründe selbst, die richterliche Ueberzeugung, insofern sie Erfolg der Beweisführung ist."

Mittermaier a. a. O. S. 348 dagegen scheint [19]) unter Beweis im objectiven Sinne die Ueberzeugung des Richters, im subjectiven die Beweisführung zu verstehen.

Ebenso bezeichnet Bayer a. a. O. S. 438 den Beweis im subjectiven Sinn als

„die Handlungen einer Partei, wodurch sie dem Richter die erforderliche Ueberzeugung zu verschaffen sucht";

im objectiven Sinne aber bedeutet ihm Beweis

„die Mittel, deren die Partei sich zu diesem Zwecke bedient."

Wie viele sonstige Begriffsbestimmungen des Beweises es

---

14) Lehrbuch des teutsch. gem. bürg. Prozesses. 11te Ausg. Heidelberg 1834. §. 127. Beweis bedeutet: 1) die Proceßhandlungen zur Herbeischaffung von Beweisgründen für den einzelnen Fall, 2) die Beweisgründe, 3) den Erfolg der Beweisführung.

15) a. a. O. §. 2: 1) die Beweisgründe, 2) das überzeugende Ergebniß der Beweisgründe, 3) die Beweisführung.

16) a. a. O. Abh. II §. 16: 1) die Beweisgründe, 2) die Beweisführung.

17) a. a. O. §. 115 (vgl. auch S. 132 Not 6): 1) die Beweisführung, 2) das Resultat der Beweisgründe.

18) Linde hält aber doch nicht alles die Ueberzeugung des Richters Begründende, z. B. Geständniß, Notorietät, Vermuthung für Beweis, sondern der eigentliche Beweis ist ihm doch immer durch ein Handeln der beweisführenden Partei bedingt (S. 50 a. E.), — eine Nachwirkung der frühern Theorie, welche den Beweis mit der Beweisführung verwechselte.

19) Es läßt sich nämlich nicht ganz klar erkennen, ob M. überhaupt diese Eintheilung beabsichtigte.

noch geben mag, ist dem Verfasser unbekannt; auch möchte die gegebene Uebersicht genügen, um zu zeigen, welches Chaos noch hinsichtlich dieses Begriffes herrscht. Man muß sich darüber billig wundern, schon wenn man nur überhaupt die Wichtigkeit des Beweises, also auch des damit zu verbindenden Begriffes ins Auge faßt. Doch wäre noch eher darüber hinwegzusehen, wenn nicht diese Verschiedenheit der Begriffsbestimmungen von großem Einflusse auf die Gestaltung der ganzen Beweislehre gewesen wäre und zu unzähligen Verwirrungen und Streitfragen geführt hätte, wie namentlich auch in der Lehre vom Haupt- und Gegenbeweise. Besonders nachtheilig aber hat die Vielheit der über den Beweis aufgestellten Begriffe gewirkt [20]. Es ist daher dringend geboten, diese verschiedenen Begriffsbestimmungen einmal näher zu prüfen und mit Beseitigung alles denselben anklebenden Unwesentlichen und Irrigen den Begriff zu suchen, der ihnen allen — oft unbewußt — zu Grunde liegt. Es handelt sich m. a. W. darum, den wahren, ursprünglichen, logischen Begriff des Beweises zu erforschen. Bei einer solchen Untersuchung kann es freilich nicht auf Autoritäten, noch auf den bisherigen Sprachgebrauch [21], noch auf die Sprechweise des römischen, kanonischen oder eines andern Rechtes ankommen, sondern lediglich auf die Regeln der Vernunft. —

Wir müssen daher von dem Begriffe ausgehen, welcher dem Beweise im gewöhnlichen Leben und in der Logik zukommt — wie denn überhaupt die Rechtswissenschaft in der ganzen Beweislehre auf die Erscheinungen des täglichen Lebens hingewiesen ist —, und wesentlich müssen wir uns gegen die Ansicht verwahren, daß der Begriff des Beweises im Processe

---

20) Zu welchen Folgerungen man dadurch gekommen ist, zeigt die Bemerkung Gensler's a. a. O. S. 29: „In diesem Sinne (nämlich als Beweisführung) kann der Beweis seinem Resultate nach ein Nichtbeweis in Hinsicht auf den unter 2) nachfolgenden Begriff (die Ueberzeugung des Richters) sein.“ Also ein Beweis, der unter Umständen ein Nichtbeweis sein kann!!

21) Welche Begriffe nach diesem mit dem Worte „Beweis“ verbunden werden, hat in einer sehr verdienstvollen Abhandlung gezeigt Walch im Magazin Bd. I Heft 1 Abh. II S. 63 ff.

durchaus verschieden sei von der logischen Bedeutung dieses Wortes [22]). In der That würde man damit nur sagen, der processualische Begriff des Beweises sei ein nicht aus vernünftiger Anschauung, sondern rein aus Willkür hervorgegangener, man habe in Ermangelung einer passenden Bezeichnung das Wort „Beweis" als Kunstausdruck für etwas, seinem eigentlichen Begriffe nur entfernt Aehnliches verwendet. Eine solche Annahme wäre schon deßwegen nicht wahrscheinlich, weil der Begriff des Beweises im Processe und der Ausdruck „Beweis" zur Bezeichnung desselben ein schon sehr alter, wol so alt als der Proceß selbst, und jedenfalls älter als alle abstrahirende und definirende Rechtswissenschaft ist. Daraus geht nämlich eine starke Vermuthung hervor, daß man das Wort „Beweis" nicht etwa blos in der Verlegenheit um einen Kunstausdruck, sondern deßhalb wählte, weil in der That dem Begriffe des Beweises im Processe und dem des Beweises im gemeinen Leben, beziehungsweise in der Logik im Allgemeinen ganz dieselben Merkmale zu Grunde liegen. Diese Vermuthung wird aber zur Gewißheit, wenn man diese beiden Begriffe ihrem eigentlichen Wesen nach miteinander vergleicht, was nun in den folgenden §§. geschehen soll.

§. 4.

3) Begriff des Beweises im gewöhnlichen Leben beziehungsweise in der Logik.

Wenn im gemeinen Leben oder im Bereiche der Wissenschaft Jemand einem Andern gegenüber eine Behauptung aufstellt, und Dieser den Beweis derselben verlangt: was will er damit? Dem Wesen nach gewiß nichts Anderes als Gründe für deren Wahrheit, Gründe, woraus auch ihm die Richtigkeit jener Behauptung erhellt [1]). Wie Jener ihm diese Gründe

---

22) Gesterding a. a. O. §. 1 S. 26.

1) Er fordert nicht etwa vom Andern Ueberzeugung (obwol es ihm zuletzt auf diese ankommt), denn sie kann sich ja Jeder nur selbst durch seine eigene Abstraction verschaffen, sondern blos Gründe, welche ihn eben in den Stand sezen sollen, sich eine Ueberzeugung zu bilden. Es ist da-

verschafft, das ist ihm an sich gleichgiltig, wenn sie nur überhaupt herbeigeschafft werden. Namentlich ist es ihm denn auch ganz einerlei, ob der Behauptende zu diesem Ende noch besonderer Handlungen und Vorbereitungen bedarf oder nicht. Die Nothwendigkeit solcher Handlungen ist nur insofern — mittelbar — von Bedeutung, als dann eben von ihrer Vornahme und der größern oder geringern Schwierigkeit derselben auch das Vorhandensein und die größere oder geringere Schwierigkeit der Herbeischaffung jener Gründe abhängt [2]).

Es kommt also Alles auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der leztern an. Sind sie vorhanden — natürlich genügend —, so ist der Andere von der Wahrheit der aufgestellten Behauptung überzeugt; sind sie nicht vorhanden, so ist er nicht überzeugt, einerlei, ob der Behauptende besondere Handlungen vorgenommen hat oder nicht. Ja es könnte selbst auf den Begriff des Beweises keinen Einfluß haben, wenn etwa der zu Ueberzeugende durch seine eigene Thätigkeit sich diese Gründe verschafft hätte [3]); denn dieser rein zufällige Umstand begründet weder dem Wesen, noch der Wirkung nach eine Verschiedenheit.

So könnte es z. B. gar keinen Unterschied machen, ob Jemand zum Beweise eines mathematischen Sazes die Berechnung an eine Tafel schriebe und weitläufig erklärte, oder ob er dieselbe schon niedergeschrieben hätte und dem Andern blos zur Durchsicht übergäbe, oder endlich ob er sie in einem Buche gelesen hätte und Jenem nur die betreffende Stelle zum Nachlesen bezeichnete: — in allen diesen Fällen wäre (wenn nur anders die Berechnung selbst richtig ist) dem Leztern der Beweis des betreffenden Sazes geliefert.

---

her falsch, wenn man den Beweis mit der Ueberzeugung selbst als einerlei nimmt. Vgl. auch §. 7.

2) Weil in der Regel solche Handlungen erforderlich sind, so ist diese mittelbare Bedeutung allerdings eine sehr große. Aber dadurch werden doch „die Handlungen" noch nicht zu einem wesentlichen Merkmal des Beweises.

3) Daß Jemand sich selbst etwas beweist, kommt in der Wissenschaft, namentlich in der Mathematik nicht gar zu selten vor.

Wie nach dem Ausgeführten die Art und Weise der Herbeischaffung der Beweisgründe für den Begriff des Beweises ganz gleichgiltig ist: so ist auch die Beschaffenheit derselben für diesen Begriff ganz ohne Belang. Wenn sie nur überhaupt fähig sind, Denjenigen, welchem etwas bewiesen werden soll, von dessen Wahrheit zu überzeugen, so mögen die Gründe, welche erforderlich sind, die Ueberzeugung des Einen oder des Andern zu begründen, noch so verschieden, sie mögen innere, lediglich mit der Vernunft erfaßbare, oder äußere, auf Sinnesanschauung beruhende sein: — der Begriff des Beweises erleidet dadurch keine Veränderung. Die Beschaffenheit der Beweisgründe hat nur auf die Stärke des Beweises einen Einfluß. — Auch hiefür mag ein Beispiel als Anhaltspunkt dienen.

Wenn Jemand einem Andern gegenüber behauptete, es werde um 10 Uhr Abends eine Mondfinsterniß stattfinden, und dieser den Beweis forderte, so wäre an sich ein doppelter Weg möglich. Es könnte nämlich Jener die Richtigkeit seiner Behauptung entweder durch eine astronomische Berechnung erhärten, oder er könnte sie dadurch darthun, daß er dem Andern um 10 Uhr die wirklich eintretende Finsterniß zeigte (s. g. argumentum ad hominem). Am Sichersten wäre es offenbar, beide Wege zu verbinden; dies wird aber sehr häufig wegen der Individualität Dessen, dem bewiesen werden soll, nicht möglich sein. Wäre nämlich dieser der höhern Mathematik und Astronomie unkundig, so würde man auch mit der schärfsten, weitläufigsten Berechnung wenig ausrichten können, sondern sich auf den Weg der Sinnesanschauung beschränkt sehen (obwohl dieser unstreitig weit unsicherer ist als jener, denn bei der Sinnesanschauung wäre ja noch immer eine Sinnestäuschung möglich.) Umgekehrt würde der Beweis nur mittels Berechnung zu führen sein, wenn etwa ein Blinder ihn verlangte, oder die Behauptung sich auf eine erst in 150 Jahren eintretende Finsterniß bezöge. Wäre aber durch diese, je nach Verschiedenheit der Umstände eintretende Verschiedenartigkeit der Beweisgründe der Begriff des Beweises im einen Falle ein anderer geworden, als im andern? — Gewiß nicht! nur die Stärke des Beweises wäre in den einzelnen Fällen verschieden.

Das Ergebniß dieser Betrachtungen ist, daß es beim Beweise nur auf das **Vorhandensein** von Gründen ankommt, welche für die Wahrheit einer Behauptung, eines Umstands, einer Thatsache sprechen, einerlei, wie dieselben herbeigeschafft werden, und welches im Uebrigen ihre Beschaffenheit ist. Somit ist denn der Begriff des Beweises zu bestimmen als:

der **Inbegriff von Gründen für die Wahrheit eines Sazes**[4]),

oder in der Sprache der Denklehre als:

ein Urtheil oder eine Reihe von Urtheilen, woraus die Wahrheit eines andern Urtheils sich ergibt.

4) Begriff des Beweises im Processe.

§. 5.

a) Gattungsgleichheit mit dem logischen.

Sehen wir nun, ob der gefundene Begriff auch bei dem gerichtlichen Beweise zutrifft.

Hier ist zunächst so viel gewiß, daß sich im heutigen, dem französischen nachgebildeten **Strafverfahren** der meisten deutschen Länder (seit 1848) der Beweis in nichts, oder doch nicht wesentlich von dem Beweise im gemeinen Leben unterscheidet [1]).

---

4) **Saz** bezeichnet hier so viel als „**Thatsache**" im **weitesten Sinn**. — Dieser Saz kann natürlich auch ein verneinender sein, und so ist denn der Beweis nach Umständen auch ein Inbegriff von Gründen **gegen** die Wahrheit eines Sazes, einer Thatsache, z. B. wenn Jemand einem Andern die Unrichtigkeit einer Behauptung darthut. — Im **engern** Sinne versteht man unter Beweis nur den **vollständigen** Beweis, also den wirklich zur Bewirkung der Ueberzeugung genügenden Inbegriff von Gründen für die Wahrheit einer Thatsache. Vgl. **Feuerbach**: Lehrbuch des peinl. Rechts §. 566.

1) Im heutigen Strafverfahren zeigt sich sogar noch deutlicher, daß es für den Begriff des Beweises gar nicht darauf ankommt, einerseits, wie und von wem die Beweisgründe herbeigeschafft werden, und andererseits, welche Beschaffenheit dieselben haben, wenn sie nur die Ueberzeugung des Richters zu begründen im Stande sind.

Denn auch im Strafverfahren ist ja der Richter, und namentlich der Geschworene, heutzutage lediglich auf seine rein menschliche Ueberzeugung angewiesen, ohne irgend an Beweisregeln gebunden zu sein [2]). Anders war es im frühern deutschen Strafverfahren und ist es jezt noch im englischen Verfahren, in welchem mannigfache, aus der Gerichtsübung hervorgegangene Beweisregeln bestehen. Hier nähert sich der Beweis dem Beweise im Civilprocesse, [3]) und was daher von dem Begriffe des leztern gilt, läßt sich auch auf den des erstern anwenden. Sehen wir deßhalb nunmehr, ob vielleicht im Civilprocesse dem Beweise ein wesentlich anderer Begriff als im gewöhnlichen Leben zukommt.

Man könnte dies mit einigem Schein höchstens deßwegen behaupten, weil es beim Beweise im Civilprocesse nur auf eine s. g. juristische Gewißheit ankommt. Denn was den Umstand betrifft, den man vielleicht ebenfalls noch zur Annahme eines solchen Unterschiedes könnte benuzen wollen, daß im Civilprocesse in den weit meisten Fällen die Parteien zur Herstellung des Beweises eine besondere Thätigkeit anwenden müssen: so haben wir ja oben bereits nachgewiesen, daß es für den Begriff des Beweises ganz unerheblich ist, wie die Beweisgründe herbeigeschafft werden, namentlich ob hiezu noch besondere Handlungen erforderlich sind oder nicht. Wenn demnach im Civilprocesse

---

2) Die nöthige Objectivität sucht man nur durch Aufstellung einer Mehrzahl von Urtheilern zu bewirken; vgl. §. 2 Not. 1.

3) Doch wird im Strafverfahren die Beweistheorie nie eine so starre und formelle Gestalt annehmen als im Civilprocesse. Denn im Strafverfahren handelt es sich um öffentliche Interessen. Es ist deßhalb stets eine materielle Wahrheit erforderlich, und man kann sich nicht, wie im Civilprocesse, wo nur Interessen Einzelner, Rechte, welche dem Verzichte der Parteien unterworfen sind, in Frage stehen, mit einer blos förmlichen Gewißheit begnügen. Dies geht im Civilprocesse um so eher, als auch bei einer formellen Beweistheorie die Parteien es bei einiger Vorsicht doch fast immer in ihrer Macht haben werden, sich die erforderlichen Beweismittel zu verschaffen, was im Strafverfahren nicht der Fall ist. Man vgl. Mittermaier: Das deutsche Strafverfahren. 4 Aufl. Thl. I. Heidelberg 1845. §. 86 ff.

zur Lieferung des Beweises häufiger solche Handlungen nothwendig sind, als im gemeinen Leben und im Strafverfahren, so hat dies seinen Grund nicht etwa darin, daß sich der Begriff des Beweises geändert hätte, sondern in anderweiten, mit diesem Begriffe gar nicht zusammenhängenden Ursachen, namentlich in der Verhandlungsmaxime. Auch kann man die Nothwendigkeit solcher besondern Parteihandlungen nur als Regel behaupten; keineswegs tritt sie durchgängig ein, z. B. wenn Geständniß oder Notorietät vorliegt u. dgl.

Aber auch der Umstand, daß im Civilprocesse blos eine formelle Wahrheit erfordert wird, kann uns nicht bestimmen, den Begriff des Beweises im Civilprocesse als seinem Wesen nach geändert zu betrachten, also ihm einen andern Gattungsbegriff [4]) beizulegen. Denn nach den gegebenen Ausführungen (§. 2) besteht das Eigenthümliche der s. g. formellen Wahrheit nur darin, daß die Ueberzeugung des Richters an das Vorhandensein bestimmter gesezlicher Gründe gebunden ist; oben aber wurde bereits gezeigt, daß die Verschiedenheit der zur Bewirkung der Ueberzeugung nöthigen Gründe auf den Begriff des Beweises keinen Einfluß haben könne. So gut der Begriff des Beweises derselbe bleibt, wenn es zur Ueberzeugung des Einen einer mathematischen Berechnung, zu der des Andern einer Sinnesanschauung bedarf: ebenso gut bleibt dieser Begriff einer und derselbe, wenn der Richter nur beim Vorhandensein gewisser gesezlicher Voraussezungen eine Thatsache für wahr annehmen darf. Das Recht und sein Organ, der Richter, ist gleichsam blind für die übrigen Gründe, die vielleicht sonst noch zur Bewahrheitung einer Thatsache dienen könnten.

Auch im Civilprocesse ist demnach der Beweis seinem Wesen nach nichts Anderes, als:

ein Inbegriff von Gründen für die Wahrheit eines Sazes.

§. 6.

b) Artverschiedenheit.

Wir haben im vorigen §. zu zeigen gesucht, daß der Be-

4) Blos eine Artverschiedenheit wird dadurch begründet. S. den folg. §.

weis im Civilprocesse sich von dem im gemeinen Leben beziehungsweise in der Logik und dem im Strafverfahren seinem Wesen, d. h. der Gattung nach nicht unterscheide. Damit ist aber noch nicht aller und jeder Unterschied ausgeschlossen, sondern es ist immer noch eine Artverschiedenheit möglich. Diese wird dann allerdings dadurch begründet, daß im Civilprocesse nur eine formelle Gewißheit erfordert wird; sie beruht also auf der Verschiedenheit der durch den Beweis zu bewirkenden Wahrheit.

Diese Wahrheit kann nämlich eine dreifache sein: eine subjective, objective und formelle.

Subjective Wahrheit ist dann vorhanden, wenn Gründe vorliegen, welche nach der Individualität eines bestimmten Menschen genügen, um diesen von der Wahrheit einer Thatsache oder Behauptung ꝛc. ꝛc. zu überzeugen [1]). Diese Gründe können natürlich oft sehr schwach (z. B. bei einem sehr dummen Menschen), sie können blose Scheingründe, und die dadurch bewirkte subjective Wahrheit kann objectiv Unwahrheit sein [2]).

Anders bei der objectiven Wahrheit, von welcher wir dann sprechen, wenn Gründe vorhanden sind von der Art, daß jeder Mensch mit normalen Verstandeskräften dadurch überzeugt werden muß. Hierher gehören z. B. die mathematischen Wahrheiten.

Endlich ist es möglich, daß beim Vorhandensein gewisser Gründe nach der Verordnung einer höhern (d. h. über dem zu Ueberzeugenden stehenden) Gewalt Wahrheit angenommen werden muß, obwol dieselben vielleicht weder zur Hervorbringung einer objectiven, noch einer subjectiven Wahrheit genügend sind. Darauf beruht das Wesen der s. g. formel-

---

1) Ueberzeugung ist das Führwahrhalten aus genügenden Gründen. Diese können nun subjectiv, objectiv oder formell genügend sein, und danach spricht man dann von einer subjectiven, objectiven oder formellen Ueberzeugung. Die subjective Ueberzeugung nennt man auch „Glaube.“

2) Nur eine Unterart der subjectiven Wahrheit bildet die s. g. historische Wahrheit, d. h. eine subjective Ueberzeugung von etwas, weil ein fremdes Subject davon auf irgend eine Weise überzeugt ist.

len Wahrheit [3]). Sie unterscheidet sich von der subjectiven und objectiven dadurch, daß bei diesen Vernunftgeseze (bei der subjectiven der Vernunft des Einzelnen, bei der objectiven der allgemein menschlichen Vernunft), bei jener dagegen Rechtsgeseze zur Annahme der Wahrheit nöthigen. Es wird dem Richter gleichsam vom Geseze eine neue juristische Logik vorgeschrieben [4]), statt der natürlichen, aus der Vernunft fließenden tritt eine juristische Beweistheorie ein [5]).

Diese Verschiedenheit der aus dem Beweis entspringenden Wahrheit ist nun zwar, wie bereits bemerkt, nicht im Stande, den Gattungsbegriff des Beweises zu ändern, aber wohl ist sie genügend, eine Unterscheidung mehrerer Arten des Beweises zu begründen. Demnach kann man den Beweis in einen subjectiven, objectiven und formellen eintheilen, je nachdem die dadurch zu bewirkende Ueberzeugung eine subjective, objective oder formelle ist. (Wollte man noch strenger logisch verfahren, so wäre der Beweis im Allgemeinen, je nachdem die Geseze, welche die Ueberzeugung bewirken, Vernunft- oder Rechts-Geseze sind, in einen Vernunftbeweis und einen Rechts- oder formellen Beweis einzutheilen. Ersterer würde dann wieder in einen subjectiven und objec-

---

3) Vgl. oben §. 2. — Mit Unrecht betrachtet man häufig die juristische Wahrheit als eine Unterart der historischen z. B. Schneider a. a. O. §. 11; — Gesterding a. a. O. §. 5 (S. 39). Wiewol dieselbe in der Regel von der historischen nicht verschieden sein mag, so gibt es doch auch Fälle, wo sie mit der objectiven Gewißheit zusammentrifft (z. B. beim richterlichen Augenschein), und solche, wo eine juristische, aber weder eine objective, noch eine subjective Gewißheit vorhanden ist, z. B. wenn der Richter als Mensch ganz sicher von der Unwahrheit überzeugt ist.

4) Oder vielmehr das Recht hat seine eigene Logik. Es erklärt: „Ich nehme einen Saz für wahr an, wenn die und die Gründe vorhanden sind.“ An diese Logik des Rechts ist natürlich dann auch der Richter, der ja nur das Organ und der Stellvertreter des Rechts ist, gebunden. Demnach ist eigentlich die s. g. juristische oder formelle Ueberzeugung eine subjective Ueberzeugung, aber nur des Rechts und nicht des Richters.

5) Einer ähnlichen Erscheinung begegnen wir übrigens auch in der Theologie.

tiven Beweis zerfallen, je nachdem blos die Vernunft des Einzelnen, oder die allgemein menschliche Vernunft zur Annahme der Wahrheit nöthigt). —

Nach allen diesen Erörterungen ergibt sich nunmehr als Begriffsbestimmung des Beweises im Civilprocesse: Beweis ist:

der Inbegriff von Gründen[6]) für die juristische Wahrheit eines Sazes[7]).

Für diese Ansicht können wir freilich nicht viele Autoritäten anführen; — sie würde auch, wenn sie sich nicht durch die gegebene Darstellung selbst als richtig beurkunden sollte, durch eine Berufung auf diese nur eine schwache Stüze gewinnen können. Indessen lassen sich doch immerhin wenigstens einige und vielleicht nicht ganz gewichtlose Stimmen für dieselbe namhaft machen. So namentlich Linde, der in seinen Abhandlungen S. 49 (S. §. 3 oben) wenigstens den objectiven Begriff des Beweises in der angegebenen Weise bestimmt[8]), und

---

6) Diese Gründe müssen nicht nothwendig äußere sein, wie Schneider a. a. O. §. 2 u. §. 9 fordert. Auch innere Gründe sind nicht ausgeschlossen, sofern sie das Recht nur überhaupt zuläßt. Dies ergibt sich deutlich bei dem s. g. künstlichen Beweise, wo ja der vom Richter zu machende Schluß (der Umstand, daß mit Vernunftnothwendigkeit aus dem bewiesenen Dasein einer Thatsache die Wahrheit einer andern folgt) der eigentliche Grund seiner — juristischen — Ueberzeugung ist.

7) Der Beweis wird dann eingetheilt in vollständigen und unvollständigen Beweis, je nachdem die vorhandenen Gründe eine juristische Gewißheit, oder nur eine — größere oder geringere — juristische Wahrscheinlichkeit bewirken. Im engern Sinne versteht man unter Beweis nur den vollständigen Beweis.

8) Man vgl. auch Walch a. a. O §. 16 u §. 17 a. E. — Wenn Gönner Hdbch II, 37 §. 5 den angegebenen Begriff zwar da will gelten lassen, wo der Proceß auf die Untersuchungsmaxime, aber nicht, wo er auf die Verhandlungsmaxime gebaut sei: so läßt sich für eine solche Unterscheidung durchaus kein Grund einsehen. Ob der Proceß auf der Verhandlungs- oder Untersuchungsmaxime beruht, kann höchstens einen Einfluß darauf haben, wer erforderlichen Falls die Gründe herbeischaffen muß, deren Inbegriff den Beweis bildet, keinenfalls aber den Begriff des Beweises selbst ändern; m. a. W. dieser Umstand ist nur für die Beweisführung, nicht aber für den Begriff des Beweises selbst von Bedeutung.

Pratobevera a. a. O. §. 1 (S. §. 3), dessen Begriffsbestimmung im Wesentlichen von der unsrigen nicht verschieden sein dürfte. Auch das möchte noch für die hier geltend gemachte Ansicht sprechen, daß die Meisten den oben aufgestellten Begriff doch wenigstens als Einen der mit dem Beweis zu verbindenden Begriffe anerkennen. (Vgl. §. 3).

§. 7.

5) Vergleichung des gewonnenen Begriffs mit den bisherigen und mit der Ausdrucksweise unserer Quellen.

Nachdem wir nunmehr einen festen Begriff des Beweises gewonnen, so möchte es nicht undienlich sein, denselben mit den bisherigen Begriffsbestimmungen zu vergleichen und namentlich zu untersuchen, ob und wie sich diese vielleicht aus jenem als ihrer unbewußten Grundlage herausbilden konnten. Sollte es gelingen, dies zu zeigen, so dürfte dadurch die von uns aufgestellte Ansicht nicht unwesentlich unterstüzt werden. Ein solcher Nachweis scheint uns nun aber gar keinen besondern Schwierigkeiten zu unterliegen.

Was nämlich zunächst die Begriffsbestimmung des Beweises als einer „Handlung" betrifft, so nahm man bei derselben eben nur Rücksicht auf den ganz äußerlichen Umstand, daß in den meisten Fällen zur Herbeischaffung des Beweises Handlungen der Parteien erforderlich sind; man verwechselte die Beweisführung mit dem Beweise [1]).

1) Pratobevera a. a. O. §. I Anmerk. — Hauptsächlich gelangte man zu dieser Verwechselung auch dadurch, daß man den Begriff von Beweis aus dem von „Beweisen" abzuleiten pflegte. Da nun „Beweisen" unzweifelhaft eine Thätigkeit ausdrückt, so faßte man auch den „Beweis" als eine Thätigkeit auf. Z. B. Gesterding a. a. O. §. 1. Einen solchen Schluß muß man aber als durchaus falsch betrachten. Daraus, daß im Zeitworte „Beweisen" der Begriff einer Thätigkeit liegt, folgt noch nicht, daß derselbe auch ein wesentliches Merkmal des Hauptworts „Beweis" bildet. Das Merkmal einer Thätigkeit im Begriff von „Beweisen" rührt nicht davon her, daß der „Beweis" eine Thätigkeit wäre. sondern fließt aus der transitiven Natur jenes Zeitworts.

Bei der Definition des Beweises, wonach derselbe die „Beweismittel" bedeuten soll, ließ man sich ebenfalls von ganz äußerlichen Gesichtspunkten leiten, indem man die Umstände, welche die Beweisgründe liefern, und die nur deßhalb juristisch von Bedeutung sind, als das Wesentliche im Begriffe des Beweises ansah [2]).

Die Ansicht, der Beweis bezeichne den „Beweisgrund" kommt ersichtlich der unsrigen sehr nahe. Allein der Beweis besteht dann doch nicht in dem einzelnen Grunde, sondern wird erst durch sämmtliche Gründe für die Wahrheit eines Satzes gebildet.

Die Auffassung des Beweises endlich als gleichbedeutend mit „Ueberzeugung des Richters" verwechselt die Wirkung mit der Ursache. Die Ueberzeugung des Richters wird zwar durch den Beweis (jedoch auch nur durch den vollständigen) bewirkt, ist aber deßhalb noch nicht der Beweis selbst [3]). —

Schließlich wollen wir hier noch einen Blick auf die Ausdrucksweise unserer Quellen werfen, auf welche man hie und da Bezug genommen hat. Daß in denselben das Wort „probatio" vielfach in anderer Bedeutung als der von uns aufgestellten vorkommt, läßt sich nicht leugnen. So bezeichnet probatio unzweifelhaft die Beweisführung in L. 2. Dig. de probat. 22, 3: „Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat." Ebenso in L. 3 eod. — „probatio mutatae voluntatis ei debet incumbere, qui convenitur." — L. 17 eod.: „Quum de lege Falcidia quaeritur, heredis probatio est, locum habere legem Falcidiam." Vgl. L. 18 §. 2 eod.: „probationem imponi;" L. 25 §. 3: „onus probationis;" ebenso L. 20 Cod. h. t. 4, 19 etc. Cap. 3 X. h. t. 2, 19: — „utrum incumbat petitori vel possessori probatio" und in fine: „possessori probationem aliquando dari." — Der Beweisgrund ist unter probatio verstanden in L. 21 Dig. h. t.: „quam manifestis probationibus creditor sibi adhuc deberi ostenderit"; L. 25 eod.:

2) Vgl. Walch a. a. O. §. 17 (S. 118).

3) Gönner: Hdbch. II, 37 §. 3; — Walch a. a. O. §. 17 (S. 119). Vgl. auch oben §. 4 Not. 1.

in princ.: „(si) legitimis probationibus solutionem approbaverit,“ — „compellendum esse ad probationes praestandas“; in §. 4: „evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere.“ — L. 35 pr. Dig. de iureiur. 12, 2: — „omnibus probationibus aliis deficientibus“. — L. 4 Cod. de probat. 4, 19: „Proprietatis dominium non tantum instrumento emtionis, sed ex quibuscunque aliis legitimis probationibus ostenditur.“ Vgl. L. 19 §. 4 Dig. h. t.; L. 7. Cod. de test. 4, 20. L. 14 §. 2 Cod. de contrah. stipul. 8, 38. — Cap. 2 X de probat. 2, 19: — „fides probationibus non habetur,“ — „cum aliae legitimae probationes deesse noscuntur“ etc.

Ebenso gewiß aber wird der Ausdruck probatio auch sehr oft in dem unserer Ansicht nach damit juristisch zu verbindenden Sinne gebraucht. So z. B. in L. 5 §. 1 Dig. de prob.: „Si quis negat emancipationem recte factam, probationem ipsum praestare debere;“ — L. 7 eod.: „Quum probatio prioris fugae deficit, servi quaestioni credendum est.“ — L. 8 Cod. h. t. „Frustra veremini, ne ab eo, qui lite pulsatur, probatio exigatur.“ L. 10 eod.: „Neque natales tui, — neque honores — idoneam probationem pro filiae tuae ingenuitate continent“; L. 21 eod.: — „erga probationem laborare“; L. 9 Cod. de excc. 8, 36: „Si quidem intentionem actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est.“ Vgl. L. 5, 6 Cod. de probat., wo probatio sogar den vollständigen Beweis bedeutet: „ad probationem non sufficiunt (instrumenta domestica L. 5, — rationes defuncti L. 6 cit.) In allen diesen Stellen bezeichnet probatio offenbar nichts Anderes als den Inbegriff der für die Wahrheit eines Umstandes sprechenden Gründe. Ebenso im kanonischen Rechte: Cap. 6 X. de probat.: — „cum quidam alius probare velit contra praedictam probationem“ — „quod standum est probationi priori.“ — cap. 8 eod.: — probationem vestram huiusmodi exceptionis probatio non elidit.“ Vgl. Clem. 4 i. fin. de elest 1, 3 etc. [4])

---

4) Am interessantesten ist die L. 25 de probat. 22, 3, indem man daraus am deutlichsten ersieht, wie überaus schwankend der Sprachgebrauch unserer Quellen ist. In dieser Stelle wird nämlich das Wort probatio in

Wie mißlich indeß die Benuzung unserer Quellen in Bezug auf Begriffsbestimmungen ist, ist bekannt genug, und am meisten dürfte es der Fall sein im Processe. Dieser war im röm. Recht nicht so auf fest bestimmte, formelle Regeln gebaut, wie heutzutage; namentlich hatte das Beweisverfahren eine viel einfachere, natürlichere Gestalt, und eine Beweistheorie fehlte gänzlich. Deßhalb war auch die genaue Feststellung des Begriffs von Beweis kein so dringendes Bedürfniß, wie heutzutage.

II. Von der Beweisführung.

§. 8.

1) Begriff.

Mit dem Begriffe des Beweises nahe verwandt ist der Begriff der Beweisführung. Man hat bisher diesen Begriff häufig von jenem gar nicht oder doch nicht scharf geschieden, und ist so dazu gekommen, Säze, die nur von der Beweisführung gelten, auch auf den Beweis anzuwenden. Daraus sind aber vielleicht die meisten der in der Beweislehre herrschenden Verwirrungen hervorgegangen. Es ist daher durchaus nothwendig, den Begriff der Beweisführung und ihr Verhältniß zum Beweise genau festzustellen. Namentlich ist dies auch für die Lehre vom Haupt- und Gegenbeweise vielfach von der höchsten Wichtigkeit. Es soll daher nunmehr in den nächsten §§. von dem Begriffe der Beweisführung und einigen auf sie bezüglichen Fragen gehandelt werden.

Fragen wir zunächst nach dem Begriffe der Beweisführung, so ist dieselbe zu bestimmen als

die auf Herstellung eines Beweises gerichtete Thätigkeit, —

---

allen oben angegebenen Bedeutungen gebraucht. In der ersten als Beweisführung erscheint es im princ: „compelli ad probationes“ und in §. 3: „onus probationis“; in der zweiten als Beweisgrund im princ.: „legitimis probationibus approbare“ — „compellendum esse ad probationes praestandas“ und in §. 4: „evidentissimis probationibus ostendere‘; in der dritten endlich ebenfalls im princ: „probationem non debiti ab adversario exigere“.

der Inbegriff von Handlungen, welche darauf abzwecken, dem Richter Gründe für seine juristische Ueberzeugung zu liefern. Ob die Parteien oder irgend ein Dritter (z. B. bei der Nebenintervention) oder der Richter selbst diese Thätigkeit ausübt, ist juristisch ganz gleichgiltig [1]), wenn dieselbe nur gerade in der Absicht stattfindet, einen Beweis zu liefern [2]). Zwar betrachtet man gewöhnlich die Beweisführung blos als die Thätigkeit einer Partei; aber unzweifelhaft ist doch auch der Richter vielfach thätig zu dem Zwecke, sich eine Ueberzeugung zu verschaffen, z. B. wenn er einen Augenschein einnimmt (was er ja von Amtswegen thun kann) und dgl. Wohin soll man dann diese Handlungen rechnen? Ihrer juristischen Bedeutung und auch ihrem Erfolge nach sind sie offenbar von den bezüglichen Handlungen der Parteien nicht verschieden, und es dürfte daher wol kein Grund vorhanden sein, sie vom Begriffe der Beweisführung auszuschließen, zumal dies durchaus keine schädlichen Folgen hat, sondern vielmehr sehr viel zur Vereinfachung der ganzen Beweislehre beiträgt.

Es fragt sich nun:

1) Wann kommt es zu einer Beweisführung? und

2) Wer muß dieselbe übernehmen?

Darüber in den folgenden §§.!

§. 9.

2) Wann kommt es zu einer Beweisführung?

Wie bereits oben (§. 2) bemerkt, ist der Erfolg eines processualischen Angriffs wesentlich bedingt durch eine doppelte Voraussezung:

1) die Angabe von Thatsachen, wegen deren zufolge eines

---

1) Vgl. auch Thibaut: System des Pandektenrechts §. 1143.

2) Dadurch unterscheidet sich die Beweisführung von der Thätigkeit eines Zeugen, Sachverständigen u. dgl.; denn diese beabsichtigen nicht zunächst, eine Ueberzeugung des Richters zu begründen (daran hätten sie auch gar kein Interesse), sondern nur, sich einer ihnen obliegenden Pflicht zum Zeugniß u. s. w. zu entledigen.

Rechtssatzes dem Angreifer der geltend gemachte Anspruch zustehe, und

2) die juristische Gewißheit dieser Thatsachen und dieses Rechtsatzes.

Jenes erste Erforderniß kann man Behauptung nennen [1]), und da die juristische Gewißheit wesentlich das Vorhandensein von Gründen für dieselbe, m. a. W. einen Beweis voraussezt: so können wir jene Grundbedingungen für das Gelingen jedes processualischen Angriffs einfach als Behauptung und Beweis bezeichnen [2]).

Sind nun bereits genügende Gründe für die Wahrheit einer Behauptung vorhanden, so ist jenem zweiten Erforderniß Genüge geleistet, und es braucht daher keiner besondern Thätigkeit zu ihrer Herbeischaffung mehr. Diese wird aber dann erforderlich, wenn solche Gründe noch nicht vorliegen. M. a. W. eine Beweisführung tritt dann und nur dann ein, wenn noch kein genügender Beweis vorhanden ist [3]).

Nach dieser Regel wird nun eine Beweisführung regelmäßig nicht erforderlich sein bezüglich eines Rechtssatzes, da der Richter zur Kenntniß des Rechts schon kraft seines Amtes verpflichtet ist. Dagegen wird eine Beweisführung regelmäßig stattfinden müssen in Bezug auf Thatsachen, weil ihre Kenntniß dem Richter nicht zugemuthet werden kann. Wenn man indessen dieser regelmäßigen Erscheinung wegen — wie es freilich manchmal geschehen ist — ganz allgemein den Satz aufstellen wollte, in Bezug auf Rechtssätze bedürfe es niemals, in Bezug auf Thatsachen dagegen immer einer besondern Beweisführung: so wäre dies als durchaus irrig zu betrachten. Eine

1) Gensler a. a. O. §. 10 (S. 264 ff.) verb. mit §. 17 (S. 339); — Collmann a. a. O. §. 15 (S. 25).

2) Vgl. Planck: Die Lehre vom Beweisurtheil Göttingen 1848 S. 231 f.

3) Vgl. Gensler a. a. O. S. 340. — Eine Beweisführung ist daher in einem Processe nicht wesentlich; ein Beweis aber kann niemals fehlen, wenn anders dem behaupteten Anspruche Folge gegeben werden soll, so wenig als die Gewißheit selbst, da diese durch jenen nothwendig bedingt ist.

solche Regel hätte nur in den Fällen und insoweit Giltigkeit, in welchen und inwieweit sie als Ausfluß unserer obigen erschiene. Auch in Ansehung von Rechtssäzen nämlich wird — nach unserer Ansicht ganz folgerichtig — eine besondere Beweisführung dann erforderlich, wenn in einem Falle noch keine genügenden Gründe zur Annahme ihres Daseins vorhanden sein sollten, z. B. wenn eine Partei sich auf ausländisches Recht oder auf inländisches particuläres Gewohnheitsrecht rc. rc. berufen hätte [4]).

Umgekehrt bedarf es bei Thatsachen — ebenfalls ganz consequent — einer besondern Beweisführung nicht, wenn bereits genügende Gründe für deren juristische Wahrheit vorliegen. Dies ist aber dann der Fall, wenn für dieselben Notorietät oder Geständniß oder eine Rechtsvermuthung (vorausgesezt, daß die thatsächlichen Vordersäze derselben bereits gewiß sind) sprechen, oder wenn ein genügender Beweis schon durch eine anticipirte Beweisführung hergestellt ist.

Nicht selten wird behauptet, daß durch Notorietät, Geständniß und Rechtsvermuthung der Beweis selbst ausgeschlossen werde [5]). Diese Behauptung ist offensichtlich ein Aus-

---

4) Cap. 1 de Constitution. in VI (1, 2). — Borst: Ueber die Beweislast im Civilprozeß. Bamberg und Leipzig 1816. Unverändert Stuttgart 1835. §. 5; — Gesterding a. a. O. Thl. I §. 2 (S. 28); Bayer: Vortr. S. 398.; — Gensler a. a. O. S. 28 Not.* u. A. m.

5) 3 B. Gesterding a. a. O. Thl. II §. 5 (S. 52 f.); — Gönner Handbuch II, 37 §. 10 u. 11; 43 §. 1; — Puchta Pandekten §. 97; — Heffter zu Weber: Verb. z. Beweisf. S. 248 ff. u. A. — Damit hängt auch die bekannte Regel zusammen, nur thatsächliche, relevante, ungewisse Behauptungen seien Gegenstand des Beweises (z. B. Puchta a. a. O.; Gönner a. a. O. §. 9 u. 10; Borst a. a. O. §. 12 u. 13 u. A.). Diese Regel ist nur richtig als Regel für die Abfassung des Beweissazes im Beweisurtheil, also bezüglich der Frage, über was der Richter von den Parteien eine Beweisführung fordern könne. (Vgl. Linde Lehrb. §. 240). Allgemein gefaßt als Regel über den Gegenstand des Beweises ist sie durchaus falsch; denn auch das Vorhandensein eines Rechtssazes ist unter Umständen Gegenstand des Beweises, auch Irrelevantes wird mitunter bewiesen, und gewisse Thatsachen sind eben schon bewiesen.

fluß der Ansicht welche das Wesen des Beweises in einer Handlung sucht und somit folgerichtig dahin führen mußte, überall, wo man keine besondere Handlung sah, auch keinen Beweis anzunehmen [6]). Sie fällt daher mit dieser Ansicht in sich selbst zusammen. Der Beweis, als ein wesentlicher Bestandtheil jedes Processes kann überhaupt niemals — so wenig als die Gewißheit selbst — überflüssig werden, also auch nicht durch Geständniß, Notorietät und Rechtsvermuthung. Nur die Beweisführung kann wegfallen, und sie ist es daher allein, welche durch jene Umstände beseitigt werden kann, und zwar gerade deßwegen, weil und so weit dieselben bereits einen genügenden Beweis enthalten. Daß aber dem wirklich so ist, das möchte schlagend daraus hervorgehen, daß auch beim Vorhandensein eines Geständnisses u. s. w. eine besondere Beweisführung dann eintreten muß, wenn troz desselben noch keine genügenden Gründe zur Annahme juristischer Gewißheit vorhanden sind [7]).

Der Grund, weßhalb durch Geständniß, Rechtsvermuthung, Notorietät und anticipirte, vollkommen gelungene Beweisführung eine weitere Beweisführung überflüssig wird, ist blos in der oben aufgestellten Regel zu suchen, also nicht etwa in einem besondern juristischen, sondern in dem rein thatsächlichen Verhältnisse, daß durch das Dasein jener Umstände bereits ein

---

6) Daher hat man denn auch bei der anticipirten Beweisführung keine Ausschließung des Beweises angenommen, sondern dieselbe vielmehr selbst als Beweis behandelt. Offenbar steht aber die anticipirte Beweisführung hinsichtlich der hier allein in Frage stehenden Betrachtung mit dem Geständniß, der Notorietät und Rechtsvermuthung ganz auf derselben Linie.

7) Man darf es auch jezt wohl als allgemein anerkannt betrachten, daß im Falle einer anticipirten, aber nicht vollkommen gelungenen Beweisführung noch eine weitere Beweisführung angeordnet „auf bessern Beweis erkannt" werden muß. Linde Lehrb. §. 246; — Mittermaier im Archiv f. civ. Prax. Bd. I S. 200 ff.; — Planck a. a. O. S. 357 ff. u. A. m. Es zeigt sich also auch in dieser Beziehung die völlige Gleichheit der anticipirten Beweisführung mit einem Geständnisse u. s. w. hinsichtlich der hier behandelten Frage.

genügender Beweis bewirkt wird. Ist nun aber dieser Grund ein blos thatsächlicher, so geht daraus ferner hervor, daß auch zwischen allen jenen Fällen selbst in Bezug auf die hier behandelte Frage kein juristischer, sondern nur ein thatsächthatsächlicher Unterschied stattfindet. Endlich ergibt sich daraus, daß sogar zwischen diesen Fällen (in welchen wegen eines Geständnisses, einer Notorietät u. s. w. eine Beweisführung überflüssig ist) und denen, in welchen sie (wegen noch nicht vorhandenen Beweises) erforderlich wird, ebenfalls keine juristische, sondern blos eine thatsächliche Verschiedenheit obwaltet [8]).

Als einfaches Ergebniß aller dieser Erörterungen finden wir, daß die Eingangs dieses § aufgestellte Regel eine ganz ausnahmslose Giltigkeit hat, somit die Nothwendigkeit oder Nichtnothwendigkeit einer Beweisführung lediglich von dem Nichtvorhandensein oder Vorhandensein eines genügenden Beweises abhängt.

§. 10.

3) Wer muß die Beweisführung übernehmen?

Wenn in einem Falle noch kein genügender Beweis vorhanden, also noch eine besondere Beweisführung erforderlich ist, so fragt es sich: Wer muß dieselbe übernehmen?

Ein Doppeltes wäre denkbar. Es könnte nämlich das Recht entweder den Richter verpflichten, für die Herstellung des Beweises von Amtswegen zu sorgen, oder es könnte lediglich

8) Man vgl. Linde Lehrb. §. 255. — Nimmt man diese Ansicht an, so gewinnt dadurch die ganze Beweislehre eine außerordentlich einfache Gestalt, was wahrlich mehr zum klaren Verständnisse derselben beitragen dürfte als noch so lange Untersuchungen, in welchen man sich bemüht, juristische Unterschiede aufzufinden, die in Wahrheit nirgends bestehen, und die zulezt nur zu Verwirrungen führen können. Freilich ist die Annahme der hier geltend gemachten Ansicht dadurch bedingt, daß man die oben gegebene Begriffsbestimmung des Beweises als richtig anerkennt, wie denn überhaupt in der Beweislehre das Meiste auf die richtige Auffassung des Begriffs von Beweis selbst ankommt.

den Parteien anheimgeben, ihr Interesse in dieser Beziehung zu wahren. Das erste entspricht dem Charakter des Untersuchungsprincips, das zweite dem Geiste der Verhandlungsmaxime, und so finden wir es denn auch in dem auf dieser beruhenden gemeinen Processe bestehend. Uebrigens ist keines dieser Systeme streng durchführbar.[1]) Wenn der Richter auch von Amtswegen die Beweisgründe aufzusuchen hat, so wird ihm dies doch nie vollständig möglich sein ohne Mitwirkung der Parteien, welche die Beweismittel am besten kennen müssen und durch ihr eigenes Interesse an der Herstellung des Beweises angetrieben, für Herbeischaffung alles zur Lieferung desselben Dienlichen thätig zu sein, dem Richter viele Mühe ersparen können. Auf der andern Seite wird man da, wo die Verhandlungsmaxime gilt, wenn man bedenkt, daß der höchste Zweck des Processes doch eigentlich Verwirklichung des materiellen Rechtes ist, dem Richter nie eine durchaus leidende Rolle zutheilen können. Denn es wäre doch die kleinlichste und lächerlichste theoretische Engherzigkeit, wenn man — aus s. g. Streben nach Consequenz — in solchen Fällen, wo der Richter sieht, daß durch eine Handlung von seiner Seite z. B. durch Fragen oder Besichtigung ꝛc. ꝛc. der wahre Sachverhalt sehr einfach ermittelt werden kann, demselben die Hände binden und Alles blos von der Thätigkeit der Parteien abhängig machen wollte.[2])

1) Vgl. Mittermaier: Der gemein. deutsche bürg. Proceß. Erster Beitrag 2te Aufl. Bonn 1822 § VIII. (S. 70. ff). Das Wenigste, was das Recht auch bei der strengsten Verhandlungsmaxime dem Richter gestatten muß, ist, daß er von Amtswegen an die Parteien und an die Zeugen Fragen stellen darf. Dies findet sich denn auch wol in jedem Recht.

2) Dafür könnte man nur den — freilich oft genug mißbrauchten — Grund anführen, daß ja den Parteien kein Unrecht geschehe, indem darin, daß sie die Vornahme einer solchen Handlung von Seite des Richters nicht beantragten, sich ein Verzicht auf dies Beweismittel ausspreche. Ein solcher Verzicht ist aber in der Wirklichkeit in den wenigsten Fällen anzunehmen, wie ein Blick auf das Rechtsleben zeigt, und wenn das Recht einen Verzicht fingirt, so thut es dies nicht, weil der Erfahrung nach in den bezüglichen Fällen meist ein solcher angenommen werden kann, sondern weil durch Nichtannahme desselben ein größerer Nachtheil entstehen würde, als der, welcher durch dessen Annahme der dadurch betroffenen Partei erwächst.

So gestattet denn auch das gemeine Recht vielfach dem Richter, von Amtswegen für die Herbeischaffung von Beweisgründen thätig zu sein. Er darf z. B. von Amtswegen einen Augenschein einnehmen, Sachverständige beiziehen, Fragen an die Zeugen richten, die nicht in den Beweisartikeln und Fragstücken enthalten sind u. s. w.[3]). Hieher gehört auch gewissermaßen die Auflegung der Notheide.

Regelmäßig ist indessen nach gemeinem Rechte dem Geiste der Verhandlungsmaxime entsprechend den Parteien die Beweisführung überlassen. Welche derselben aber in jedem einzelnen Falle eine Beweisführung übernehmen müsse, das läßt sich nicht im Allgemeinen[4]), sondern nur mit Rücksicht auf die obwaltenden Umstände und namentlich auf den Unterschied zwischen Haupt- und Gegenbeweisführung entscheiden, weßhalb wir später darauf zurückkommen werden (§. 23).

---

3) Alle diese Befugnisse des Richters erklären sich also unserer Ueberzeugung nach aus dem Streben nach materieller Wahrheit. Man könnte vielleicht gegen diese Ansicht geltend machen, daß ja dann das Recht auch die Privatwissenschaft des Richters, seine Ueberzeugung als Mensch hätte berücksichtigen müssen, was aber bekanntlich nicht der Fall sei. Dieser Einwand fällt durch die Erwägung, daß das Recht, wenn es auch im Interesse des materiellen Rechts dem Richter gestattet, unter Umständen schon von Amtswegen für die Herstellung eines Beweises thätig zu sein, dennoch immer eine gewisse Objectivität der Beweisgründe verlangt, um die Parteien vor aller richterlichen Willkür zu schüzen. Diese Objectivität wäre aber nicht vorhanden, wenn der Richter nach seiner Privatwissenschaft urtheilen dürfte. Es wären vielmehr dann die Parteien in diesen meisten Fällen der Willkür des Richters völlig preisgegeben, indem dieser unter dem nur sehr selten zu controlirenden Vorwande der Privatwissenschaft alle möglichen Parteilichkeiten und Ungerechtigkeiten begehen könnte.

4) Denn es kann in Bezug auf einen und denselben processualischen Angriff für beide Parteien eine Beweisführung nothwendig werden. Die Regel: Affirmanti, non neganti incumbit probatio (in dem Sinne aufgefaßt, in welchem sie allein als richtig zu betrachten ist §. 23) bezieht sich nicht allgemein auf die Beweisführung, sondern nur auf die Hauptbeweisführung.

Zweite Abtheilung.

Vom Haupt- und Gegenbeweise.

§. 11.

I. Geschichtliche Einleitung *).

Das Amt des Richters besteht wesentlich darin, das Recht auf einzelne Fälle anzuwenden. Jede Anwendung des Rechts ist aber bedingt durch das Vorhandensein von Thatsachen, an welche durch einen Rechtssaz eine rechtliche Folge geknüpft ist. Um daher in einem ihm zur Aburtheilung vorgelegten Falle entscheiden zu können, was Rechtens sei, muß der Richter vor Allem Gewißheit über diese Thatsachen haben, d. h. er muß sich in der Lage befinden, daß er über das Dasein derselben keinen Zweifel haben kann oder haben darf. Um den Richter in diese Lage zu versezen, wurden im Laufe der Geschichte zwei wesentlich von einander verschiedene Wege eingeschlagen. Der eine — es ist der Weg des ältern germanischen Rechts — geht dahin, daß der Richter über die Wahrheit einer Thatsache keinen Zweifel mehr erheben darf, sobald nur gewisse äußere Formen, z. B. ein mit so und so viel Händen abgeschworener Eid oder der Ausgang eines Ordals, vorhanden sind. [1]) Die Wahrheit, die hier erstrebt wird, ist eine rein förm-

---

*) Man vgl. Mittermaier im Archiv f. civ. Pr. Bd. VI, 17. §. 1. (S. 343 ff.); — Linde, Abhdl. I S. 61. ff. — Dem beschränkten Zwecke dieser Abhandlung nach soll der geschichtliche Gang der Lehre vom Gegenbeweise hier nur in seinen allgemeinsten Zügen angedeutet werden.

1) Indessen hatte doch eigene Sinnenwahrnehmung der Gerichtsversammlung und Gerichtskundigkeit den Vorzug. Planck: Beweisurtheil S. 39.

liche, ohne daß man irgendwie die materielle besonders zu erforschen suchte. Der Richter wird durch die Form selbst, durch deren äußeres Dasein, und nicht etwa durch die Glaubwürdigkeit, welche sie dem Inhalte verschafft, gezwungen, eine Thatsache, wenn auch nicht als wahr anzunehmen, so doch als wahr zu behandeln. Von einer Berücksichtigung von Gründen, welche troz jener Form dennoch gegen die Wahrheit dieser Thatsache sprechen, also von einem Gegenbeweise und einer Gegenbeweisführung kann daher keine Rede sein [2]). Solche Gründe könnten sich, wenn sie Wirkung haben sollten, nur gegen die Form selbst richten. Das Vorhandensein dieser kann aber deßwegen nie einem Zweifel unterworfen sein, weil es durch die eigene Sinnenwahrnehmung des Richters unmittelbar festgestellt ist.

Der zweite Weg besteht darin, daß die Annahme der Wahrheit einer Thatsache von der Ueberzeugung des Richters abhängig gemacht wird. Um diese Ueberzeugung zu gewinnen, muß dann der Richter alle Umstände, welche ihm über das Dasein jener Thatsache Aufschluß geben können, gehörig erwägen. Er darf also nicht blos die Gründe für, sondern er muß auch die Gründe gegen dasselbe berücksichtigen. Damit ist die Möglichkeit eines Gegenbeweises und einer Gegenbeweisführung von selbst gegeben. Diesen Weg hat das römische Recht eingeschlagen [3]), und so finden wir denn auch im corpus juris vielfache Stellen, woraus sich ergibt, daß der Gegenbeweis dem römischen Recht sehr wohl bekannt war [4]).

Indessen fehlte es im römischen Rechte der Lehre vom Gegenbeweis an jeder weitern Ausbildung. Eine eigene Theorie des Gegen-

---

2) Planck a. a. O. S. 45.

3) Die tiefern Gründe dieser Verschiedenheit des römischen und germanischen Rechts in Bezug auf den Beweis, welche mit der Stellung des römischen und germanischen Richters zu den Parteien zusammenhängen, sehe man bei Planck a. a. O. §. 2 verb. mit §. 11.

4) L. 9, 11, 12, 14 i. f., 15. 25 pr. §. 4 D. de probat. 22. 3; L. 135 pr. D. de V. O. 45. 1.; L. 21, 23 Cod. de probat. 4, 19.; L. 14 Cod. de contrah. stipul. 8, 38. vgl. §. 12. Inst. de inutil. stipul. 3, 19.; Nov. 90 c. 7. etc.

beweises, wie heutzutage, gab es nicht, und ebensowenig fand ein besonderes Gegenbeweisverfahren statt. Es darf uns dies nicht wundern, wenn wir bedenken, daß das Beweisverfahren, wie das Verfahren überhaupt, rein mündlich war, besonders aber, wenn wir die Stellung des römischen Judex in Bezug auf den Beweis ins Auge fassen. An keine oder doch nur an sehr wenige juristische Beweisregeln gebunden, war die Entscheidung über das Thatsächliche eines Rechtsstreites fast nur seinem vernünftigen Ermessen anheimgegeben; es war ihm überlassen, sich seine Ueberzeugung zu bilden, ohne daß er dabei einer ängstlichen Bevormundung von Seite des Gesezes unterlag. Man hielt die Rechte der Parteien dadurch für genugsam gesichert, daß die Judices keine Beamten, sondern Männer aus dem Volke waren, bei deren Aufstellung noch dazu den Parteien eine entscheidende Stimme zukam [5]). Es bedurfte daher, wie über den Beweis überhaupt, auch keiner besondern Rechtsregeln über den Gegenbeweis. Die Parteien brachten ihre Gründe für und wider vor, und der Judex entschied dann nach der in Folge dieser Verhandlungen geschöpften Ueberzeugung.

Ganz anders im kanonischen Recht. Unter dem Einflusse germanischer Anschauungen, welche auf der Idee einer Gliederung des Verfahrens in einzelne, bestimmt von einander abgegrenzte Abschnitte und des heutzutage s. g. Eventualprincips beruhten [6]), und in Folge der allmälig eindringenden Heimlichkeit und Schriftlichkeit des Verfahrens, hatte der romanische Proceß eine von der einfachen römischen abweichende, künstlichere, der unseres heutigen Processes schon ähnlichere Gestalt erhalten [7]). Wie dadurch alle Theile des Verfahrens sich bestimmter von einander abgrenzten, so war dies auch hinsichtlich des Beweisverfahrens der Fall. Namentlich mußte also auch der Gegenbeweis schärfer gegenüber dem Hauptbeweise hervortreten,

5) Cicero pro Cluentio c. 43: „Neminem voluerunt maiores esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset.“

6) Man vgl. die angeführte treffliche Schrift von Planck.

7) Planck a. a. O. §. 18.

was noch dadurch befördert wurde, daß sich — in Folge der scholiastischen Richtung der damaligen Zeit — bereits eine juristische Beweistheorie ausgebildet hatte. So finden wir denn auch im corpus juris canonici den Gegenbeweis schon weit öfter und bestimmter erwähnt als im corpus juris civilis. Man vgl. Cap. 2, 4, 5, 6, 12, 14 X de probat. 2, 19; cap. 16, 26, 28, 32, 35, 44, 49 X. de test. 2, 20 u. A. Es wird vielleicht nicht uninteressant sein, den Inhalt der hauptsächlichsten dieser Stellen hier kurz namhaft zu machen.

Cap. 2. de probat. ist die bekannte Stelle, nach welcher man sich zur Führung des unmittelbaren Gegenbeweises der Eideszuschiebung nicht soll bedienen dürfen. Interessant ist Cap. 5. eod., in welchem folgender Fall behandelt wird: Es producirte Jemand, um eine an ihn geschehene Veräußerung von Kirchengütern zu beweisen, vor Gericht eine Urkunde, welche von einem ihm befreundeten Regularen mit dem Siegel des Capitels besiegelt worden war. Der Anwalt des leztern behauptete, es sei dies nicht mit Zustimmung des Capitels geschehen, und das Siegel sei deßhalb entweder unecht oder man habe sich dasselbe mittelst eines Diebstals verschafft. Zum Beweise dieser Behauptung producirte er die Mitglieder des Capitels, welche eidlich aussagten, so oft unter ihnen von jenen Gütern die Rede gewesen, habe sich stets das ganze Capitel einmüthig dahin ausgesprochen, daß dieselben nicht veräußert werden sollten. Es fragte sich nun, ob dies Zeugniß jener Urkunde die Beweiskraft nehme oder nicht. Der Papst (Clemens II. 1046) entschied für das Erstere, da die Gegenpartei gegen die Zeugenaussage keinen Gegenbeweis geliefert habe (quoniam contra hoc nihil pars adversa probavit). — Aus dieser Stelle ergibt sich nicht nur, daß überhaupt eine Gegenbeweisführung, sondern sogar, daß gegen einen Gegenbeweis eine weitere Gegenbeweisführung zuläßig war. Sie ist also mit dem bekannten Cap. 49 de test. zu verbinden. In Cap. 6 de prob. wird nach geschehener Kundmachung der Zeugenaussagen (welche in dem gegebenen Falle das Dasein eines Ehehindernisses zum Gegenstande hatten) eine Gegenbeweisführung (durch Zeugen) für unzuläßig

erklärt. Hiermit ist zu verbinden Cap. 44 de test., wonach auch nach der Kundmachung der Zeugenaussagen noch eine (selbst unmittelbare) Gegenbeweisführung durch Zeugen statthaft ist, sofern die Besorgniß der Bearbeitung derselben nicht eintritt, z. B. weil sie (wie in dem gegebenen Falle) schon vor diesem Processe dieselbe Aussage gemacht haben. Cap. 16. X. de test. enthält einen Fall, da die Zeugen der einen Partei aussagten, ein Excommunicationsurtheil sei nach, die der andern, es sei vor der Appellation erfolgt. In Cap. 26. eod. sagt der Papst (Clemens III. 1190) ausdrücklich, wenn auch der Kläger (hier in einer Ehesache) tüchtige (legitimos) Zeugen producirt habe, so sei doch die Gegenpartei zur Führung eines Gegenbeweises zuzulassen. Cap. 32. eod. gibt eine Entscheidung darüber, wie es bei dem Zusammentreffen eines Hauptbeweises mit einem unmittelbaren Gegenbeweise zu halten sei, wenn beide durch Zeugen geführt worden. Es soll dann nämlich zunächst deren Glaubwürdigkeit und bei gleicher Glaubwürdigkeit deren Zahl entscheiden. Durch Cap. 49. eod. endlich ist bekanntermaßen eine reprobatio gegen eine reprobatio reprobationis verboten. —

Ihre weitere Fortbildung erhielt die Lehre vom Gegenbeweise, obwol auch einzelne Gesezgebungen sich mit derselben befaßten [9]), wie so viele andere Lehren des Processes, hauptsächlich durch den Gerichtsgebrauch. Dieser verfuhr indessen hier, wie so mannigfach, nicht gerade sehr wissenschaftlich: so daß die Theorie, die seit neuester Zeit bemüht ist, unsere Lehre auf streng wissenschaftliche Grundlagen zurückzuführen, noch manches Dunkel aufzuhellen, noch vielfache Irrthümer zu beseitigen hat.

---

9) Mittermaier a. a. O.

II. Inwiefern ist der s. g. indirecte Gegenbeweis als Gegenbeweis zu betrachten?

§. 12.

1) Bisher der Eintheilung in den s. g. directen und indirecten Gegenbeweis beigelegte Bedeutung.

Als den hauptsächlichsten und folgenreichsten der in unserer Lehre herrschenden, durch den Gerichtsgebrauch entstandenen Irrthümer muß man die Unterscheidung eines s. g. directen und indirecten Gegenbeweises betrachten. Zu derselben gelangte man dadurch, daß man, nachdem man einen — regelmäßig nach sehr äußerlichen Merkmalen gebildeten — Begriff des Hauptbeweises [1]) aufgestellt hatte, mittelst einer ebenfalls sehr äußerlichen und unwissenschaftlichen Betrachtung als Gegenbeweis jeden Beweis ansah, der in seinem Erfolg irgendwie den Hauptbeweis wirkungs- oder erfolglos zu machen im Stande ist [2]). Da dies nun möglich ist entweder durch den Beweis der Unwahrheit des Hauptbeweissazes — beziehungsweise der Ungegründetheit des gegnerischen Anspruchs, oder durch den Beweis von Umständen, wegen deren der an sich begründete Anspruch des Gegners als aufgehoben oder wirkungslos erscheint: so wurde dann danach der Gegenbeweis in einen s. g. directen und indirecten eingetheilt.

Diese Eintheilung wurde bis auf die neueste Zeit ganz allgemein als richtig angenommen und wird noch heutzutage von der Praxis und selbst von manchen Theoretikern festgehalten [3]).

---

1) Man verstand darunter gewöhnlich den Beweis, der in einem Processe zuerst zu führen ist.

2) So sollten wenigstens Diejenigen, welche zwischen directem und indirectem Gegenbeweise unterscheiden wollen, den Gegenbeweis im Allgemeinen definiren (Martin: Lehrbuch §. 135). — Wenn Danz: Grundsätze §. 250 den Gegenbeweis bestimmt als einen Beweis, wodurch der vom Gegner geführte Beweis entkräftet werde, so paßt dies offenbar nur für den s. g. directen, nicht aber für den indirecten Gegenbeweis. Die Definition Bayer's a. a. O. S. 439 dagegen: Gegenbeweis im weitesten Sinne sei derjenige, welchen der Gegner des Hauptbeweisführers in derselben Sache herzustellen suche, ist zu unbestimmt und strenggenommen auch nur für den directen Gegenbeweis richtig.

3) Danz a. a O. §. 250. u. 251.; — Grolmann: Theorie des

Indessen fehlte es doch auch schon ziemlich frühe nicht an Solchen, welche dieselbe als falsch erklärten und den s. g. indirecten Gegenbeweis vom Begriffe des Gegenbeweises ganz ausgeschieden wissen wollten [4]). Vornehmlich wurde diese Ansicht am Anfange des vorigen Jahrhunderts ausgesprochen von Joachim in der angeführten Abhandlung (1730) §. XV. und XVI. Ihm folgt enspäter einige andere Juristen [5]), aber erst durch v. Gönner (Handbuch Bd. II. Abh. 41. und zu Danz a. a. O. §. 251. Not. *) wurde seine Ansicht in das gehörige Licht gesezt. Gönner's Ausführungen ist es hauptsächlich zuzuschreiben, daß jezt die bei weitem überwiegende Mehrzahl der Theoretiker sich für die Ausscheidung des s. g. indirecten Gegenbeweises vom Begriffe des Gegenbeweises ausspricht. [6])

Die Gründe aber, warum der s. g. indirecte Gegenbeweis nicht als Gegenbeweis zu betrachten sei, werden insgemein dahin angegeben, daß der s. g. in directe Gegenbeweis gegen den Anspruch des Gegners gerichtet sei, Gegenbeweis aber doch nur ein Beweis genannt werden könne, dessen Richtung gegen den gegnerischen Beweis gehe, also nur der s. g. directe Gegenbeweis [7]). Man kann dies zwar nicht gerade als unrichtig bezeichnen, aber es ist doch wenig-

---

gerichtl. Verfahrens in bürg. Rechtsstreitigkeiten. 3te Aufl. Gießen u. Darmstadt 1810. §. 97; — Martin a. a. O. §. 135; — Bayer a. a. O. S. 439 f. — Man vgl. auch noch den Entwurf einer Civilproceßordnung f. das Großhzgth. Sachsen-Weimar-Eisenach u. die Fürstenthümer Schwarzburg-Rudolstadt u. Schwarzburg-Sondershausen. Weimar 1852 §. 247.

4) Vgl. z. B. Stryk: Dissertat. juridic. Diss. VI. De reprobatione etc. In oper. Frcf. et Lips. 1750. Tom. XII. Diss. VI. cap. I. §. II.

5) Besonders Krohn: Diss. cit (1782.) §. 14 und Claproth: Einleitung in den ordentl. bürg. Proceß 3te Aufl. Göttingen 1795. Thl. II. §. 301 und 302.

6) Weber a. a. O. I. 2 Not. 4, VI, 37; — Schneider a. a. O. § 380 u. critische Anm. 69 des Verf. zu §. 380 u. 381.; — Pratobevera a. a. O. §. IV; — Collmann a. a. O. §. 46 (S. 71.); — v. Linde Abhdl. I S. 53 f; Lehrbuch §. 236; — Mittermaier im Archiv Bd. VI S. 355 ff.; J. A. M. Albrecht: die Exceptionen, München 1835 S. 195 ff.; — Kitka: Die Beweislehre im österreich. Civilprocesse. Wien 1836 §. 17; — Schmid a. a. O. S. 135 f.

7) Vgl besondeas v. Gönner a. a. O. 41, §. 1 u 2. —

stens nicht genau genug; denn ein Beweis, der gegen den gegnerischen Beweis gerichtet ist, geht am Ende doch auch gegen den gegnerischen Ausspruch [8]). Um Klarheit darüber zu gewinnen, ob und inwiefern die Aufstellung eines s. g. indirecten Gegenbeweises richtig oder falsch sei, müssen wir vielmehr einen andern Weg einschlagen. Zur Annahme eines s. g. indirecten Gegenbeweises konnte man nämlich nur dadurch gelangen, daß man den Proceß juristisch als Ein Ganzes behandelte, somit alle in demselben sich ergebenden Beweise als wesentlich unter sich (nicht blos durch die ihnen zu Grunde liegenden Behauptungen) in Beziehung stehend, ansah. Wir werden daher zu untersuchen haben, ob wirklich der Proceß immer juristisch Ein einheitliches Ganzes bilde oder nicht. Dadurch werden wir aber zu der Nothwendigkeit einer Unterscheidung zwischen dem Processe und dem einzelnen processualischen Angriffe geführt werden, und daraus wird sich dann, wie wir glauben, mit Leichtigkeit die Frage über die Natur des s. g. indirecten Gegenbeweises entscheiden lassen.

§. 13.

2) Unterschied des Processes und des einzelnen processualischen Angriffs.

Wenn wir einen Proceß betrachten, so stellt sich derselbe zwar der äußern Erscheinung nach immer als ein einheitliches Ganzes dar, nicht aber ist dies stets vom juristischem Standpunkte der Fall. Juristisch und namentlich rechtsphilosophisch betrachtet erscheint der Proceß als ein Ganzes nur in den Fällen, in welchen blos ein einziges Recht in Frage steht, m. a. W. in welchen der Begriff des Processes mit dem des processualischen Angriffes zusammenfällt. Wo es sich dagegen um mehrere Rechte handelt, da bildet der Proceß nur eine Zusammenfassung verschiedener Rechtsstreite, welche zwar ihrem Erfolge nach in einem gewissen Zusammenhange stehen, juristisch aber wesentlich von einander zu scheiden sind. Einer streng ju-

8) Man rechtfertigt ja auch gerade dadurch die Eintheilung in den directen und indirecten Gegenbeweis, „daß es zuletzt bei diesem, wie bei jenem darauf abgesehen sei, sich von den Ansprüchen des Gegners zu befreien.“ Bayer a. a. O. S. 440.

ristischen Auffassung nach kann nämlich ein Rechtsstreit immer nur über ein einzelnes Recht entstehen. Wenn Jemand vor Gericht mit einer Klage auftritt, so verlangt er nichts weiter als Anerkennung eines bestimmten, ihm zustehenden Rechts und in Folge dieser die Beihilfe des Staates zur Realisirung desselben. Der Richter hat daher zunächst blos über das Dasein dieses Rechtes zu untersuchen und zu entscheiden, und, findet er es begründet, den verlangten Schuz zu gewähren. Hat der Gegner vielleicht ein anderes Recht, wegen dessen jenes als ganz oder theilweise unwirksam erscheint, so müßte er eigentlich einen besondern Proceß anhängig machen, in welchem nunmehr über sein Recht untersucht und entschieden würde. Daß der Ausgang dieses Processes in Bezug auf die Ausübung des ersteren Rechts von großem Einflusse ist, kann uns diesen juristischen Gesichtspunkt nicht verrücken; denn es ist nichts weiter als die Wirkung, welche überhaupt das Bestehen des einen Rechts auf die Möglichkeit der Ausübung des andern äußert, und kann uns so wenig zwingen, die Verhandlungen über die beiden Rechte juristisch als einen und denselben Rechtsstreit anzusehen[1]), als

1) Dagegen kann man auch nicht anführen, daß die Einrede, wenn sie auch mit einer Angriffshandlung viele Aehnlichkeit habe, doch nur ein Vertheidigungsmittel sei, also keinen eigentlichen Angriff begründe (pr. Inst. de excc. 4, 13: „Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur.“ vgl. L. 56 D. de cond. indeb. 12, 6: „exceptionis defensio.“). Wenn auch der Endzweck bei Vorschüzung einer Einrede der ist, sich gegen den gegnerischen Anspruch zu vertheidigen, so ist damit noch nicht ausgeschlossen, daß die Einrede selbst einen Angriff enthält. Ein Vertheidigungskrieg hört dadurch noch nicht auf, ein Vertheidigungskrieg zu sein, daß in seinem Verlaufe einzelne positive Angriffe gemacht werden. — Uebrigens darf man auch darauf, daß die Einrede eine Vertheidigung sei, kein zu großes Gewicht legen. Sie bezweckt allerdings nur eine Abweisung und nicht eine Verurtheilung des Gegners, aber der Unterschied zwischen der Verurtheilung und Abweisung ist überhaupt nur ein äußerer, rein formeller, den man nicht benuzen sollte, um innere Unterschiede daran zu knüpfen. In jedem Rechtsstreite kommt es zunächst nur auf Anerkennung eines Rechts an, wovon dann nur die nach den Umständen sich so oder so gestaltende Folge die Verurtheilung oder Abweisung ist. Dies ergibt sich schon daraus, daß die Replik, die doch ihrem

wir im Civilrecht je aufhören dürfen, z. B. das Recht aus einem Darlehensvertrag und aus einem pactum de non petendo, oder das Eigenthumsrecht und das Recht aus einem Kaufvertrag (exceptio rei venditae et traditae) als ganz verschiedene Rechte zu behandeln, weil das leztere der Ausübung des ersteren hindernd in den Weg tritt.

Im Rechtsleben würde es nun freilich mancherlei nachtheilige Folgen haben, wenn man dieses juristische Verhältniß auch äußerlich streng durchführen [2]), also zuerst über die Klage untersuchen und entscheiden wollte, dann über die Einrede u. s. w. Man hat daher die Untersuchung und Entscheidung über alle solche sich gegenseitig beschränkende Rechte in Einem Verfahren und in Einem Urtheile zusammengefaßt. Nur darf man wegen dieser auf Zweckmäßigkeit beruhenden Verbindung nicht aus den Augen verlieren, daß es sich juristisch immer um mehrere, an sich verschiedene Rechtsstreite handelt, m. a. W. man muß stets den Proceß von dem einzelnen processualischen Angriff unterscheiden [3]).

Diese Unterscheidung ist aber nicht etwa eine müßige Schulunterscheidung, sondern sie ist außerordentlich wichtig und folgenreich, und zwar nicht nur für die Lehre vom Haupt-

---

Wesen nach nichts Anderes als eine exceptio (exceptionis: L. 2, 22 D. de exc. 44, 1) ist, offenbar eine Verurtheilung des Gegners bezweckt. Welcher innere Unterschied sollte auch zwischen den Fällen stattfinden, in welchen Jemand verurtheilt wird, 100 zu bezalen, die er nicht schuldet, und denen, in welchen Jemand mit einem begründeten Anspruch auf 100 abgewiesen wird? —

2) Etwas Aehnliches finden wir indessen im altrömischen Processe zur Zeit der legis actiones, in welchem ja bekanntlich die processualische Form der exceptio noch nicht vorkam. Gaius IV. 108.

3) Daß es in einzelnen Fällen schwer sein kann, die einzelnen processualischen Angriffe von einander zu trennen, namentlich also zu sagen, ob in einem Falle die Behauptung eines selbstständigen Rechts oder nur die Verneinung eines gegnerischen, also eine Einrede oder eine verneinende Einlassung vorliegt, kann jene Unterscheidung nicht als falsch darstellen, sondern hängt damit zusammen, daß es bei einzelnen Rechten noch sehr streitig ist, was zu ihrer Begründung gehört z. B. bei der Lex Anastasiana.

und Gegenbeweise (wovon im folgenden §.), sondern für das Verständniß der ganzen Proceßlehre überhaupt. So hängt mit ihr namentlich auch der bis auf die neueste Zeit so sehr schwankende Begriff der Einreden zusammen. Es ergibt sich nämlich daraus, daß man Einrede nur nennen kann die Behauptung eines Rechtes, wodurch der an sich rechtlich begründete Anspruch des Gegners ganz oder theilweise unwirksam wird[4]), und daß es daher wissenschaftlich ganz unrichtig ist, die s. g. qualificirte Verneinung, d. h. das Leugnen eines vom Gegner behaupteten Rechts, obwol die in abstracto zur processualischen Begründung desselben genügenden Voraussezungen vorhanden sind, also z. B. das Vorschüzen der Zalung (vgl. unten §. 18), mit der Einrede auf gleiche Linie zu stellen. Beide gehören verschiedenen processualischen Angriffen, also streng juristisch genommenen ganz verschiedenen Rechtsstreiten an. Während die Einrede die Geltendmachung eines selbstständigen Rechts enthält, besteht die qualificirte Verneinung im Widersprechen des gegnerischen Rechts. Nur die erstere ist also eine Angriffs-, die leztere dagegen eine reine Vertheidigungshandlung. Daß dieser Unterschied bisher so häufig mißkannt wurde, möchte seinen Hauptgrund in einer Nichtbeachtung der Unterscheidung des Processes und des einzelnen processualischen Angriffs haben.

Diese Unterscheidung ist übrigens nicht etwa neu, sondern sie findet sich bereits im römischen Recht. Es ergibt sich dieses schon aus L. 1 Dig. de exc. 44, 1: „Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est,“ was hier nicht etwa blos mit Beziehung auf die Beweislast, wie man dies allerdings in L. 19 Dig. de probat. 22, 3 annehmen kann, sondern ganz allgemein gesagt ist. Ferner geht es aber auch ganz deutlich daraus hervor, daß man die qualificirte Verneinung streng von der Einrede schied. So wird

---

4) Puchta Pandekten §. 93; — Savigny: System des heut. röm. Rechts: Bd. V. § 225 ff.; — Bethmann-Hollweg: Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses. Berlin und Stettin 1827 Abh. V S. 373.

nicht blos die erstere niemals mit dem Namen exceptio benannt (eine exc. solutionis, novationis u. dgl. ist im röm. Recht ein Unding), sondern beides wurde sogar nach ganz verschiedenen processualischen Grundsäzen behandelt. Während der Judex eine exceptio nur dann berücksichtigen durfte, wenn er dazu in der formula ausdrücklich angewiesen war (mit Ausnahme der exc. doli bei judicia bonae fidei): so mußte er auf die qualificirte Verneinung ex officio Rücksicht nehmen. Gerade in dieser Verschiedenheit der processualischen Behandlung scheint uns aber der hauptsächlichste Beweis dafür zu liegen, daß wirklich im römischen Recht jene Unterscheidung des Processes und der einzelnen processualischen Angriffe gemacht wurde. Denn nur, wenn wir dies annehmen, können wir uns die gedachte Verschiedenheit genügend erklären. Dieselbe erscheint nämlich dann als eine natürliche Folge der Stellung des Judex, der keine jurisdictio hatte und deßhalb nicht selbstständig Processe annehmen und verhandeln, sondern nur über solche Rechtsstreite untersuchen und entscheiden durfte, hinsichtlich deren er vom Prätor dazu in der formula angewiesen war. Sonach durfte er wohl auf alle mit dem Dasein eines ihm zur Aburtheilung überwiesenen Rechtes zusammenhängende Umstände, also auch auf eine qualificirte Verneinung ohne weitern, besondern Auftrag Rücksicht nehmen, keineswegs hatte er aber auch die Befugniß, ohne solche besondere Weisung eine exceptio in das Bereich seiner Verhandlungen zu ziehen. Denn die Vorschüzung einer exceptio, als eines selbstständigen, nur die Wirksamkeit des gegnerischen aufhebenden oder beschränkenden Rechts, begründet juristisch einen besondern Rechtsstreit, zu dessen Annahme und Einleitung so gut, wie zu der einer Klage, jurisdictio erforderlich, und zu dessen Verhandlung und Entscheidung daher der Judex auch nur in Folge einer ausdrücklichen, vom Prätor in der formula ertheilten Anweisung befugt war [5]).

---

5) Die Ausnahme hinsichtlich der doli exceptio bei bonae fidei judicia erklärt sich daraus, daß in dem Zusaze „ex bona fide“ u. dgl. schon stillschweigend eine Ermächtigung lag, auch doli exceptiones zu berücksich-

Hätte das römische Recht den Unterschied zwischen dem Processe und dem einzelnen processualischen Angriffe nicht gemacht, also den Proceß stets juristisch als ein Ganzes behandelt: so wäre gar nicht abzusehen, warum der Judex hinsichtlich der Berücksichtigung der exceptiones in dieser Weise beschränkt gewesen wäre. Denn dann wäre er ja durch die Anweisung, über einen erhobenen Anspruch zu entscheiden, von selbst ermächtigt gewesen, das ganze unter den Parteien obwaltende rechtliche Verhältniß zu untersuchen, also auf alles darauf Bezügliche, somit namentlich auch auf etwaige Einreden Rücksicht zu nehmen. Daß der Judex deßwegen die exceptiones nicht habe berücksichtigen dürfen, weil dieselben sich auf die aequitas gestützt hätten, der Judex aber nur nach jus strictum, nicht nach der aequitas ohne ausdrückliche Anweisung habe urtheilen dürfen[6]): möchte kaum zur Erklärung ausreichen. Denn einmal beruhten gar nicht alle exceptiones auf der aequitas[7]) und dann hätte der Prätor, wenn dies der einzige Grund gewesen wäre, ja nicht immer in jedem einzelnen Falle den Judex auf Berücksichtigung der exceptiones anzuweisen gebraucht, sondern er hätte ganz allgemein die Weisung geben können, in den geeigneten Fällen sollten die Judices auch auf die und die Gründe der Billigkeit z. B. dolus, metus u. s. w. ebenso wie auf das jus strictum Rücksicht nehmen.

§. 14.

3) Einfluß dieser Unterscheidung bei der Bestimmung der Natur des s. g. indirecten Gegenbeweises.

Wir haben im vorigen §. gesehen, daß jedes einzelne, im Laufe eines Processes geltend gemachte Recht juristisch einen besondern Rechtsstreit begründet. Daher ist denn auch Alles, was sich auf jeden einzelnen dieser Rechtsstreite bezieht, wesent-

---

tigen (Exceptio doli inest bonae fidei iudiciis. L. 21 Dig. solut matrim. 24, 3; L. 3 Dig. de resc. vend. 18, 5; L. 81 §. 5 Dig. de legat. I.)

6) Bayer a. a O. S. 342.

7) Gaius IV. 118; §. 7 Inst. de exc. 4, 13.; Savigny System Bd. V. §. 227.

lich von dem zu unterscheiden, was zu jedem andern gehört. Namentlich gilt dies vom Beweise. Die auf verschiedene processualische Angriffe bezüglichen Beweise stehen juristisch unter sich in gar keiner Beziehung. Jeder Beweis bezieht sich vielmehr nur auf die ihm zu Grunde liegende processualische Behauptung [1]) und wird nur nothwendig in Folge dieser, nicht aber wegen eines auf eine andere processualische Behauptung bezüglichen Beweises. So wird der Beweis einer Einrede nicht etwa deßwegen erforderlich, weil das Klagerecht bewiesen ist; durch diesen Beweis wird nur bewirkt, daß das leztere als gegründet erscheint, und daß daher der Beklagte jezt, wenn er nicht verurtheilt werden will, ein ihm zustehendes, die Wirksamkeit von jenem aufhebendes Recht geltend machen (also eigentlich einen besondern Rechtsstreit erheben) muß. Erst davon ist dann eine Folge die Nothwendigkeit des Beweises, da natürlich, wie der Erfolg jedes Rechtsstreites, so auch der Erfolg des über eine Einrede erhobenen von dem Vorhandensein eines Beweises abhängt. Es wird also durch den Beweis einer processualischen Behauptung nicht der Beweis einer andern, sondern nur die Nothwendigkeit der processualischen Vorbringung beziehungsweise Berücksichtigung der leztern bedingt, und erst dadurch wird dann wieder die Nothwendigkeit des Beweises derselben hervorgerufen.

Daraus ergibt sich, daß es juristisch durchaus unzuläßig ist, zwischen Beweisen, die sich auf verschiedene processualische Behauptungen beziehen, ein gewisses gegensäzliches Verhältniß anzunehmen und den einen als Haupt=, den andern als Gegenbeweis zu bezeichnen; denn diese Beweise stehen juristisch in gar keiner Verbindung. Eine solche Verbindung findet vielmehr nur statt zwischen Beweisen, welche sich auf eine und dieselbe processualische Behauptung beziehen. Nur auf dem Boden dieser wird ein Beweis gerade deßhalb nothwendig, weil ein anderer vorhanden ist. Wir können daher einen Unterschied zwischen Haupt= und Gegenbeweis nur in Bezug auf einen

---

1) Dieser Ausdruck ist überall in dem in §. 10 entwickelten technischen Sinne zu nehmen.

einzelnen processualischen Angriff machen, nicht aber können wir einen solchen Unterschied hinsichtlich eines ganzen Processes aufstellen. Daraus folgt von selbst, daß der Beweis der Einreden, Repliken u. s. w. wesentlich vom Begriffe des Gegenbeweises ausgeschlossen, also insoweit die Annahme eines s. g. indirecten Gegenbeweises als falsch betrachtet werden muß.

Auf dem Boden eines einzelnen processualischen Angriffs ist aber als Gegenbeweis jeder gegen das Dasein des behaupteten Rechtes gerichtete Beweis anzusehen (§. 16). Es gehört daher zu demselben nicht blos der s. g. directe Gegenbeweis, sondern auch der Beweis der qualificirten Verneinung, und soweit ist denn auch der s. g. indirecte Gegenbeweis zum Gegenbeweis zu rechnen. Indessen hat man in Deutschland von jeher die qualificirte Verneinung ganz aus demselben Gesichtspunkte betrachtet, wie die Einrede, und daher auch natürlich den Beweis beider ganz auf dieselbe Linie gestellt. Es ist auch nicht zu verkennen, daß zwischen beiden äußerlich manche Aehnlichkeit stattfindet [2]), und so mag man denn heutzutage für das unmittelbare praktische Bedürfniß immerhin dieselben, also auch den auf beide bezüglichen Beweis nach gleichen Grundsäzen behandeln [3]). Für die Wissenschaft wird es jedoch stets von der größten Wichtigkeit bleiben, wie überhaupt qualificirte Verneinung und Einrede zu trennen, so auch den wesentlichen Unterschied zwischen den auf beide bezüglichen Beweisen festzuhalten. [4]).

---

2) Diese besteht hauptsächlich darin, daß zur Begründung einer qualificirten Verneinung, wie zu der einer Einrede ein besonderer Rechtsgrund und eine besondere Geschichtserzählung erforderlich ist.

3) Streng genommen müßte man übrigens dann auch den s. g. mittelbaren directen Gegenbeweis mit dem Beweise der Einrede zusammenstellen, indem auch er äußerlich mit dem leztern viele Aehnlichkeit hat. Man spricht denn auch in der That manchmal von einer exceptio alibi u. dgl.

4) In Bezug auf diese ganze Ausführung vergleiche man Bethmann-Hollweg: Versuche S. **369** ff. und S. **349**. — Dies ausgezeichnete Werk kam dem Verfasser erst zu Händen, nachdem er die obigen §§. bereits niedergeschrieben hatte. Er glaubt darin, daß er auf selbstständigem Wege ganz zu demselben Ergebnisse wie jener große Rechtsgelehrte gelangt war,

§. 15.

III. Die verschiedenen Ansichten über Haupt- und Gegenbeweis.

Nachdem wir nun das Gebiet des Haupt- und Gegenbeweises angedeutet haben, so wollen wir, ehe wir uns zur Entwickelung dieser Begriffe selbst wenden, vorerst noch einen Blick auf die bisherigen Begriffsbestimmungen werfen.

Dabei bedarf es zuvörderst wol kaum einer Bemerkung, daß die verschiedenen Ansichten über den Begriff des Beweises

---

eine nicht gering zu achtende Bürgschaft für die Richtigkeit seiner Ansicht finden zu dürfen. Um so mehr, als die von Linde in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. 1 (Gießen 1828) S. 148 ff. gegen Bethmann-Hollweg's Ansicht geltend gemachten Gründe kaum eine Widerlegung derselben enthalten dürften. Wenn man nämlich von der Bemerkung Linde's absieht, daß man nicht selten in Widerspruch mit den Bestimmungen des positiven Rechts gerathen würde, wenn man die uneigentlich s. g. Exceptionen als das Thema eines directen Gegenbeweises betrachten und daher folgerecht auch alle von diesem geltenden Grundsäze darauf anwenden wollte, — was offenbar ebenso gut beweisen könnte, daß das positive Recht bisher eben auf unwissenschaftlichem Standpunkte gestanden habe —: wenn man davon absieht, so beschränken sich jene Gründe darauf, daß man mit vollem Recht heutzutage die s. g. uneigentlichen Exceptionen mit den im römischen Recht allein so genannten auf eine und dieselbe Stufe stellen könne. Denn der Zweck beider sei ganz derselbe. Beide sollten den gegnerischen Anspruch ganz oder theilweise wirkungslos (?) machen; der Grund der rechtlichen Möglichkeit für eine solche Wirkung liege in beiden Fällen darin, daß der Excipient ein Recht habe, das mit dem Rechte des Gegners in Collision trete. — Welches Recht hat aber wol Der, welcher z. B. die Zalung vorschüzt? Da er dadurch die Aufhebung des gegnerischen Rechts behauptet, so könnte sein Recht höchstens darin zu suchen sein, daß er von dem Andern nicht belästigt werden dürfe, weil dieser kein Recht mehr habe. Dies Recht ist aber offenbar nicht ein Ausfluß der Zalung, sondern es steht überhaupt Jedem zu, der gegen einen Andern keine Verbindlichkeiten hat, es ist eine Folge der persönlichen Freiheit. Dies Recht nimmt somit auch Der in Anspruch, welcher das vom Gegner behauptete Recht von vorneherein leugnet. Wir kämen daher zulezt dahin, daß auch diese einfache Verneinung als Exception zu betrachten sei!

(S. §. 3 oben) auch auf die Begriffsbestimmung des Haupt- und Gegenbeweises ihre Rückwirkung geäußert haben. Namentlich zeigt sich die Verwechselung des Beweises mit der Beweisführung besonders häufig hinsichtlich dieser Begriffe. Es ist indessen nicht diese Verschiedenheit, welche hier betrachtet werden soll, denn sie hat ihre Erledigung schon oben bei der Erörterung des Beweises gefunden, sondern es sollen hier nur die ganz abgesehen hievon bestehenden Meinungsverschiedenheiten angegeben werden.

Was nun diese anbelangt, so hat man meist den Begriff des Hauptbeweises und den des Gegenbeweises nach ganz verschiedenen Rücksichten bestimmt. Die Folge davon ist, daß selten der Hauptbeweis dem Gegenbeweise scharf gegenüber gestellt wird, ja daß Viele den Hauptbeweis gar nicht besonders hervorheben, sondern nur einen Begriff des Beweises aufstellen und diesem dann den Gegenbeweis gegenübersezen. So kommt es, daß Manche, bei derselben Ansicht über den Begriff des Hauptbeweises, über den des Gegenbeweises ganz verschiedener Meinung sind, und umgekehrt. Dadurch wird aber eine übersichtliche Darstellung der verschiedenen Begriffsbestimmungen sehr erschwert. Namentlich ist es deßwegen unmöglich, die Ansichten der einzelnen Schriftsteller über Haupt- und Gegenbeweis unmittelbar zusammenzufassen, sondern wir müssen in gesonderter Darstellung zuvörderst die Ansichten über Hauptbeweis und dann erst die über Gegenbeweis betrachten.

I. Was den Hauptbeweis anbelangt, so hat man denselben meist mit Rücksicht auf die Beweislast bestimmt. Nur v. Gönner[1]) wollte als unterscheidendes Merkmal des Haupt- und Gegenbeweises lediglich die Priorität der Beweisführung aufstellen. Diese Ansicht hat jedoch keine Anhänger gefunden. Unter den Ansichten, welche den Begriff des Hauptbeweises von der Beweislast ableiten, muß man zwei Hauptrichtungen unterscheiden.

Die eine geht dahin, Hauptbeweis sei der Beweis, welcher nach den Grundsäzen über Beweislast in einem Processe zuerst zu führen sei[2]). Darnach gibt es also in einem Processe eigent-

1) Hdbch. II, 41 §. 4 a. E. (S. 339); vgl. Abh. 40 §. 6 u. 14.

2) Bayer: Vorträge S. 439: „HB. ist der, mit dem nach den

lich nur Einen Hauptbeweis. Offensichtlich hängt diese Ansicht mit der Annahme eines s. g. indirecten Gegenbeweises zusammen, und alle Gründe, aus welchen diese als unrichtig erscheint (§. 14), sind daher auch gegen jene anzuführen.

Nach der zweiten Richtung dagegen ist als Hauptbeweis der Beweis zu betrachten, welcher hinsichtlich jedes gerichtlichen Angriffes nach den Grundsäzen über Beweislast zuerst zu führen ist. Dieser Begriff liegt dem Wesen nach schon den Begriffsbestimmungen von Joachim: Diss. cit. §. III. und Martin a. a. O. §. 135 zu Grunde. Er findet sich dann besonders bei Borst [3]), und im Wesentlichen nehmen ihn auch die meisten Neuern an [4]). Im Ganzen können wir uns mit dieser Ansicht ihrem Ergebnisse nach ebenfalls einverstanden erklären, obwol wir nicht glauben, daß der Gesichtspunkt der Beweislast bei der Begriffsbestimmung des Hauptbeweises als der richtige betrachtet werden könne, indem vielmehr die Beweislast erst aus dem Begriffe des Hauptbeweises sich ergibt (Vgl. den folg. §. u. §. 23).

II. Der Begriff des Gegenbeweises [5]) wurde bisher durchgängig von dessen Zweck hergenommen. Ueber diesen Zweck aber sind die Meinungen außerordentlich getheilt. Die früher allgemein angenommene und jezt noch häufig gehörte Ansicht ging dahin, der Gegenbeweis habe zum Zweck: Das Gegentheil (nach Andern die Unwahrheit) dessen zu zeigen, was die andere Partei eigentlich zu beweisen suche [6]). Dagegen

---

Grundsäzen über Beweislast eine Partei zuerst auftreten muß, wenn sie nicht sachfällig werden soll. Worüber dieser Beweis geführt wird, ist gleichgiltig; — auch der Beweis einer Einrede, ja sogar der Beweis der Verneinung der Klage kann nach Umständen den Hauptbeweis bilden."

3) Den Gedanken wenn auch nicht den Worten nach. Beweislast §. 11 verb. mit §. 8. Der hinsichtlich eines jeden gerichtlichen Angriffs zuerst zu führende Beweis ist ihm der Beweis der Klage und der Replik für den Kläger, der Beweis der Einrede und Duplik für den Beklagten. Vgl. Borst a. a. O. §. 6—9.

4) Mittermaier im Archiv VI S. 356; — Albrecht a. a. O. S. 195; — Linde: Lehrbuch §. 236; — Schmid a. a. O. S. 135. f.

5) Nämlich des s. g. directen, welcher hier überall allein verstanden ist.

6) Stryk: Diss. cit. cap. I §. II; — Schaumburg: Princ. prax.

hat Collmann a. a. O. §. 47 (S. 72 vgl. S. 80) vielmehr als Zweck des Gegenbeweises die Zernichtung oder Unmöglichmachung juristischer Gewißheit hingestellt. Albrecht a. a. O. S. 195 betrachtet den Gegenbeweis als den Beweis, der zur Vernichtung desjenigen Beweises geführt werde, den die entgegengesezte Partei erbringe.[7]) In ähnlicher Weise geben Bayer a. a. O. S. 439 und Pratobevera a. a. O. §. IV (S. 25) als Zweck des Gegenbeweises an, den Hauptbeweis als solchen selbst zu entkräften oder zu schwächen. Endlich hat v. Linde: Abhdl. I S. 56—61 zu zeigen gesucht, daß der Zweck des Gegenbeweises nur sein könne, „die Erhebung der gegnerischen Behauptungen zur juristischen Gewißheit zu verhindern."[8]) Diese Ansicht gewinnt immer mehr Anhänger[9]), und auch wir nehmen keinen Anstand uns derselben anzuschließen (S. §. 17). Nur scheint uns durch diese Bestimmung des Zweckes das

---

jurid. Lib. I, sect. I, membr. III, cap. I, §. XII; — Joachim: Diss. cit. §. V; — Krohn l. c. §. 14; — Claproth a. a. O. §. 301; — Gönner: Hdbch. Bd. II, Abs. 41 § 1 u 2; — Grolmann a. a. O. §. 96; — Weber a. a. O. I §. 2; — v. Tevenar a. a. O. S. 62 u. 66; — Schneider a. a. O. §. 8 vgl. §. 380; — Heffter: Institutionen des römischen und teutschen Civilprocesses Bonn 1825 Tit. XI. S. 353 vgl. S. 371.; — W. H. Puchta a. a. O. §. 198 (S. 203); — Martin a. a. O. §. 135.

7) S. 196: „Sein wahres Object ist nicht so fast, wie man gewöhnlich sagt, das gegentheilige Beweisthema in negativer Fassung, sondern die wirklich übernommene Beweisführung der Gegenpartei." Vgl. auch S. 197.

8) Linde a. a. O. betrachtet das Gegenbeweis=Verfahren als: „die durch die lezten Grundsäze des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zur höchsten Sicherheit der Parteienrechte nothwendig anerkannte Controle der Parteien unter sich und zum Richteramte, angewandt auf den Act der Beweisführung." Er sieht in der Zulassung der Gegenbeweisführung ein dem materiellen Rechte gemachtes Zugeständniß (vgl. S. 60 u. 64), worüber weiter unten § 21.

9) Mittermaier im Archiv Bd. VI S. 350.; — Schmid a. a. O. S. 134; — Conrad Heyer: Abhandlungen aus verschiedenen Theilen der Rechtswissenschaft Gießen 1841 S. 115 Not. 1; — Höchster in der Ztschr. f. Civilrecht und Proceß Bd. IX (1836); S. 405 a. E.

eigentliche Wesen des Gegenbeweises noch keineswegs eine genügende Erklärung zu finden, so wenig als das des Hauptbeweises durch eine Begriffsbestimmung nach der Beweislast. Es wird daher unsere Aufgabe sein müssen, gerade dieses Wesen der genannten Begriffe nunmehr einer näheren Untersuchung zu unterziehen.

IV. Entwickelung einer eigenen Ansicht.

A. Vom Haupt- und Gegenbeweise.

§. 16.

1) Begriff.

Wie wir oben bei der Begriffsbestimmung des Beweises wesentlich zwischen Beweis und Beweisführung unterscheiden mußten, so müssen wir diesen Unterschied auch bei der Bestimmung der Begriffe von Haupt- und Gegenbeweis festhalten. Es soll daher zunächst vom Haupt- und Gegenbeweise und dann von der Haupt- und Gegenbeweisführung die Rede sein.

Was nun zuvörderst den Begriff des Haupt- und Gegenbeweises betrifft, so müssen wir uns an die Ausführungen des §. 14 erinnern. Wir haben dort gesehen, daß die Unterscheidung eines Haupt- und Gegenbeweises nur auf dem Gebiet eines einzelnen processualischen Angriffes gemacht, m. a. W. daß nur hinsichtlich des auf eine einzelne processualische Behauptung bezüglichen Beweises von einem Haupt- und Gegenbeweise gesprochen werden kann. Um nun die Bedeutung dieser Unterscheidung selbst zu finden, müssen wir das Verhältniß der Beweisgründe zu der Behauptung ins Auge fassen.

Das Verhältniß der auf die Wahrheit eines Satzes oder Urtheils bezüglichen Gründe zu diesem Satze oder Urtheile kann nämlich ein doppeltes: jene Gründe können Gründe für oder Gründe gegen dessen Wahrheit sein. Wie wir nun schon bei allen Fragen des gemeinen Lebens, bei allen Sätzen der Wissenschaft die Gründe für und wider wohl von einander unterscheiden und zur Gewinnung eines selbstständigen, unparteiischen Urtheils gegenseitig abwägen müssen, so ist dies auch im Civilprocesse der Fall. Ja hier müssen die Gründe

wider noch weit schärfer und bedeutsamer den Gründen für gegenübertreten, weil es sich nur um eine formelle, also die Möglichkeit des Gegentheils nicht ausschließende Wahrheit handelt.

Dies verschiedene Verhältniß der Beweisgründe zu der Behauptung ist es, welches sich in dem Unterschiede zwischen Haupt= und Gegenbeweis ausdrückt. Während daher der Beweis im Allgemeinen den Inbegriff von Gründen für (beziehungsw. gegen) die juristische Wahrheit eines Sazes bildet, so erscheint der Hauptbeweis als:

der Inbegriff von Gründen **für**,

der Gegenbeweis als:

der Inbegriff von Gründen **gegen** die juristische Wahrheit einer **processualischen Behauptung**.

Ob diese Gründe schon irgendwie vorhanden sind, oder ob es zu ihrer Herstellung erst einer besondern Thätigkeit bedarf, und durch wessen Thätigkeit sie im leztern Falle herbeigeschafft werden, ist auch hier vollkommen gleichgiltig (Vgl. oben §. 4).[1]).

§. 17.

2) Wirkung beziehungsweise Zweck.

Bestätigt wird die im vorigen §. aufgestellte Ansicht über das Wesen des Haupt= und Gegenbeweises durch eine Betrachtung von deren Wirkung. Auch in dieser Beziehung erscheinen nämlich Haupt= und Gegenbeweis ganz in dem Verhältnisse von Gründen für und Gründen wider.

Im Allgemeinen bewirken Gründe für die Wahrheit eines Sazes, daß derselbe als wahr angenommen wird unter Umständen, unter welchen er außerdem nicht als wahr angenommen werden könnte. Gründe wider dagegen haben umgekehrt zur Folge, daß ein Saz ihretwegen nicht als wahr angenommen wird, wenn er auch außerdem als wahr betrachtet werden müßte. Die Gründe für haben also stets die Richtung, zur Annahme,

1) So kann selbst der Hauptbeweisführer einen Gegenbeweis verschaffen nach dem Saze, daß die Beweismittel durch die Production gemeinschaftlich werden.

die Gründe gegen, zur Nichtannahme der Wahrheit irgend eines Satzes oder Urtheils zu bestimmen.

Ganz dasselbe Verhältniß finden wir auch beim Haupt- und Gegenbeweise. Der Hauptbeweis bewirkt, daß eine Behauptung als juristisch gewiß, oder — wenn er nicht vollständig vorhanden ist — als juristisch wahrscheinlich angenommen wird. Die Wirkung des Gegenbeweises dagegen besteht darin, daß eine Behauptung nicht oder nicht vollkommen als juristisch gewiß angenommen werden kann unter Umständen, unter welchen dies außerdem allerdings der Fall sein müßte. Es geht also die Richtung des Hauptbeweises wie die aller Gründe für, immer dahin, den Richter zur Annahme der (juristischen) Wahrheit einer Behauptung, die des Gegenbeweises wie die aller Gründe wider, ihn zur Nichtannahme derselben zu bestimmen oder m. a. W., die Erhebuug einer Behauptung zur juristischen Gewißheit zu verhindern.

Wie sich ferner überall erst nach Abwägung sowol der Gründe für, als der Gründe wider ein vernünftiges und unparteiisches Urtheil fällen läßt; so ist es auch erst nach Abwägung des Haupt- und Gegenbeweises möglich zu ermessen, inwieweit dem zweiten Haupterfordernisse in jedem Rechtsstreite, dem Erfordernisse juristischer Gewißheit Genüge geleistet ist. Der Richter kann und darf daher nicht eher eine juristische Ueberzeugung schöpfen und demzufolge eine Entscheidung geben, als bis er alle Gründe für und wider gehörig geprüft, oder doch die Gewißheit erlangt hat, daß keine vorhanden sind (was auch dann der Fall ist, wenn die peremtorische Beweisfrist unbenuzt abgelaufen ist). So bilden denn Haupt- und Gegenbeweis juristisch gleichsam ein Ganzes; es stellen sich in ihnen alle Umstände dar, welche bei der Frage nach der Gewißheit einer Behauptung in Betracht gezogen werden müssen [1]).

Dies Verhältniß hat Linde in seinen Abhandlungen Bd. I. S. 56 ff. zuerst richtig aufgefaßt (Vgl. oben §. 15). Sehr treffend hat er dabei die Ansicht Derer widerlegt, welche als

---

1) Mittermaier im Archiv VI S. 354; — Schmid a. a. O. S. 137; — Linde Lehrbuch §. 236 g. E. Vgl. auch schon Joachim Diss. cit. §. X.

Zweck des Gegenbeweises die Vernichtung der juristischen Gewißheit der gegnerischen Behauptungen betrachten wollen. Er sagt nämlich, wenn man einmal eine Gewißheit als vorhanden annehme, so könne doch unmöglich mehr von einer Aufhebung dieser Gewißheit die Rede sein. Denn gerade im Begriffe der Gewißheit liege es ja, daß ein Zweifel, also viel mehr noch eine Aufhebung derselben nicht mehr denkbar sei. Wollte man daher eine solche Wiederaufhebung als möglich annehmen, so würde man damit eben sagen, daß noch keine Gewißheit vorhanden gewesen, also sich selbst widersprechen.

Die Ansicht wonach der Gegenbeweis dahin gerichtet sein soll, das Gegentheil oder die Unwahrheit dessen zu zeigen, was der Andere eigentlich zu beweisen suche, (Vgl. §. 15), ist falsch, weil sie zu weit geht. Ein processualischer Angriff wird nur dann berücksichtigt, wenn die Behauptung, auf die er sich stüzt, juristisch gewiß ist. Der Gegner braucht also, um sich zu schüzen, nur darzuthun, daß diese juristische Gewißheit nicht vorhanden sei, keineswegs aber muß er die positive Unwahrheit, oder, was dasselbe ist, das Gegentheil jener Behauptung nachweisen.

§. 18.

3) Verschiedene Formen des Gegenbeweises.

Wie sich die Gründe sowol *für*, als *gegen* die Wahrheit einer Behauptung in sehr mannigfacher Weise denken lassen, so können auch Haupt- und Gegenbeweis in sehr verschiedenen Formen erscheinen. Wir wollen hier nur die Formen des *Gegenbeweises* näher betrachten. Auch dabei müssen wir wieder von den Erscheinungen des gemeinen Lebens ausgehen.

Wenn man Jemanden von der Annahme der Wahrheit eines Sazes abhalten will, so kann man im Allgemeinen auf doppelte Weise verfahren. Man kann *entweder* darzuthun suchen, daß gar keine oder doch keine genügenden Gründe für dessen Wahrheit vorhanden seien, indem die dafür sprechenden blose Scheingründe seien. Dies geschieht z. B. durch die Anführung, der Gewährsmann habe die Gewohnheit zu lügen, so daß auf seine Versicherung kein großes Vertrauen zu sezen sei u. dgl. *Oder* man kann zwar das Dasein von Gründen *für* zugeben,

aber Gründe gegen namhaft machen, wodurch der Andere in einen Zustand des Zweifels versezt wird, der ihm nicht erlaubt, sich eine Ueberzeugung zu bilden. Z. B. man gibt wohl zu, daß der Mann, der etwas erzählt hat, vollkommen glaubwürdig sei, beruft sich aber auf einen andern, eben so glaubwürdigen, der das Gegentheil aussagt.

Dasselbe Verhältniß findet sich auch im Civilprocesse. Um die Annahme der juristischen Gewißheit einer Behauptung zu verhindern, kann man ebenfalls jene beiden Wege einschlagen.

Der erste Weg besteht also darin, daß das Dasein aller oder doch wenigstens genügender Gründe für die Wahrheit der bezüglichen Behauptung in Abrede gestellt wird. Es wird geltend gemacht, der dem äußern Scheine nach vorliegende Hauptbeweis sei juristisch als gar nicht vorhanden, somit eben nur als Scheinbeweis zu betrachten, indem die Beweismittel, worauf derselbe beruhe, untüchtig seien (sei es schon in abstracto z. B. wegen Verwandtschaft der Zeugen mit dem Gegner, oder nur in concreto z. B. wegen Betrunkenheit des Zeugen), vom Gesez für giltig anerkannte Beweisgründe zu liefern. Hier werden also keine positiven Gründe gegen vorgebracht, sondern es wird nur das Vorhandensein von Gründen für geleugnet. Dies Leugnen muß sich aber doch auch wieder auf Gründe stüzen, die ihrem lezten Zwecke nach doch auch als Gründe gegen die juristische Gewißheit einer Behauptung erscheinen. Auch ist es offenbar dem Erfolge nach ganz einerlei, ob der Richter durch Anführung positiver Gründe gegen, oder ob er durch den Nachweis des Mangels von Gründen für abgehalten wird, juristische Gewißheit anzunehmen. Es ist deßhalb auch diese Anfechtung der Tüchtigkeit der Beweismittel zum Gegenbeweise zu rechnen.

Gegenüber diesem ersten geht der zweite mögliche Weg dahin, daß zwar das Vorhandensein von Gründen für nicht geleugnet wird, aber positive Gründe gegen namhaft gemacht werden. Dadurch kommt der Richter in einen Zustand des Zweifels, in welchem ihm die Schöpfung einer Ueberzeugung unmöglich ist. Hier wird also das Dasein des Hauptbeweises

gar nicht angefochten, sondern demselben nur sein Erfolg durch das Dasein von Gründen gegen entzogen.

Der Gegenbeweis in dieser zweiten Hauptform kann nun alle Gestalten annehmen, in welchen überhaupt die Vertheidigung [1]) gegen einen processualischen Angriff sich darstellen kann. Wir müssen deßhalb auf diese näher eingehen.

Die Vertheidigung gegen einen processualischen Angriff kann nur bestehen in einer Verneinung, d. h. darin, daß der erhobene Anspruch in Abrede gestellt wird. Die Verneinung ist aber entweder eine einfache oder eine qualificirte. Um diesen Unterschied klar aufzufassen, muß man Rücksicht darauf nehmen, was der Angreifer vorbringen muß, um seinen Angriff als begründet erscheinen zu lassen.

In dieser Beziehung gilt nun die Regel, daß Der, welcher ein Recht behauptet, zu dessen processualischer Begründung nur Umstände anzuführen braucht, welche in abstracto zur Entstehung desselben wesentlich erforderlich sind [2]), also einen Rechtsgrund und solche Thatsachen, welche gemäß demselben im Allgemeinen fähig sind, ein solches Recht zu erzeugen. [3]) Daraus geht dann die Rechtsvermuthung hervor, daß das behauptete Recht auch wirklich, also in concreto bestehe. [4])

Je nachdem sich nun die Vertheidigung, beziehungsweise Verneinung gegen die Prämissen dieser Rechtsvermuthung

---

1) Daß hier blos die reine d. h. nicht in einem Gegenangriffe bestehende Vertheidigung gemeint ist, bedarf nach den Ausführungen der vorhergehenden §§, besonders des §. 13, kaum mehr einer Bemerkung.

2) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 350.

3) Man muß dies processualische Vorbringen des Angreifers wesentlich von dessen Behauptung unterscheiden, — ein Unterschied, der häufig nicht gehörig beobachtet wird. Die Behauptung besteht in der Geltendmachung eines Rechts; wohl davon zu trennen ist das, was nach processualischen Vorschriften erforderlich ist, um dies Recht in den Augen des Richters als bestehend erscheinen zu lassen. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 349.

4) Puchta Pand. §. 97. Ueber den innern Grund, aus welchem das Recht diese Vermuthung aufstellt, s. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 347 ff.

oder gegen den daraus hervorgehenden Schluß richtet, unterscheiden wir zwischen einer einfachen und qualificirten Verneinung.

I. Die einfache Verneinung besteht also in dem Vorbringen, daß nicht einmal die zur processualischen Begründung des erhobenen Anspruches nothwendigen Voraussezungen, also daß nicht einmal die in abstracto zur Entstehung des geltend gemachten Rechtes wesentlich erforderlichen Bedingungen vorhanden seien. Wie diese Bedingungen in einem Doppelten: Rechtsgrund und Thatsachen bestehen, so kann auch die einfache Verneinung im Allgemeinen eine doppelte Richtung haben.

1) Sie kann sich wenden gegen den Rechtsgrund. Sie geht dann entweder gegen dessen Dasein oder gegen dessen Auslegung.

a) Das Leugnen des Daseins des Rechtsgrundes ist natürlich nur in den Fällen von Belang, in welchen der Richter nicht schon von Amtswegen das Recht zu kennen braucht, also z. B. bei örtlichen Gewohnheitsrechten u. dgl. Daher kann auch nur in diesen Fällen von einem Gegenbeweise und einer Gegenbeweisführung die Rede sein.

b) Die Auslegung eines Rechtssazes ist etwas rein Juristisches und somit überall nur Sache des Richters, der ja das Recht selbst vertritt, und von dem man deßhalb annehmen muß, daß er auch mit dem wahren Sinne desselben bekannt sei. Wenn ihn daher die Parteien zu einer bestimmten, ihnen vortheilhaften Auslegung eines Rechtssazes zu bestimmen suchen, so liegt darin nur eine Vorsichtsmaßregel [5]), damit der Richter nicht bei der Auslegung gewisse darauf bezügliche Umstände übersehen möge. Von einem Beweise aber (wenigstens im processualischen Sinn) und daher auch von einem Gegenbeweise läßt sich nicht sprechen.

---

5) Gerechtfertigt ist dieselbe dadurch, daß, wenn auch der Idee nach das Recht klar und unzweideutig und der Richter mit dem wahren Sinne desselben bekannt sein soll, in der Wirklichkeit häufig weder Recht noch Richter dieser Idee entsprechen und bei der Unvollkommenheit aller menschlichen Verhältnisse entsprechen können.

2) Die zweite Richtung der einfachen Verneinung geht gegen die zur Begründung des erhobenen Anspruchs angeführten Thatsachen. Auch hier sind mehrere Verhältnisse zu unterscheiden:

a) Die Verneinung kann dahin gehen, daß die angeführten Thatsachen zur processualischen Begründung des gegnerischen Anspruchs nicht hinreichend seien. Dies zu beurtheilen, m. a. W. die Entscheidung der Frage, ob im einzelnen Falle die Voraussezungen für die Anwendung des Rechtssazes vorhanden seien oder nicht, ist gleichfalls etwas blos Juristisches und daher wesentlich zum Amt des Richters Gehöriges. Daher kann auch hier von einem eigentlichen Beweise beziehgsw. Gegenbeweise nicht die Rede sein.

b) Die Verneinung kann aber auch darin bestehen, daß die Wahrheit dieser Thatsachen in Abrede gestellt wird. Diese Ableugnung ist dann entweder:

α) ganz unmotivirt, d. h. sie geschieht ohne Angabe von Gründen, oder sie ist

β) motivirt, d. h. es werden Thatsachen angeführt, woraus die Unmöglichkeit der gegnerischen folgt.

II. Die qualificirte Verneinung, d. h. die Anführung von Thatsachen, wegen deren troz des Vorhandenseins der in abstracto zur Begründung des erhobenen Anspruches erforderlichen Voraussezungen, dennoch das behauptete Recht in concreto nicht als bestehend angenommen werden könne, kann ebenfalls verschiedene Gestalten annehmen. Hierher gehört namentlich:

1) Das Vorbringen von Thatsachen, weßhalb im vorliegenden Falle troz des Vorhandenseins der vom Gegner angeführten dennoch wegen eines Mangels an Uebereinstimmung der inneren Beschaffenheit mit der äußern Erscheinung das gegnerische Recht nicht zur Entstehung habe kommen können, z. B. Vorschüzung der Handlungsunfähigkeit, Behauptung, das Rechtsgeschäft sei nur zum Schein oder zum Scherze abgeschlossen worden u. dgl.

2) Die Anführung von Thatsachen, wodurch das gegnerische Recht wieder aufgehoben worden sei.[6]).

---

6) Ueber diese sämmtlichen Formen der Vertheidigung vgl. man Planck

Unter allen diesen Gestalten kann sich nun auch der Gegenbeweis in seiner zweiten Hauptform darstellen (mit Ausnahme von I, 1, b und 2, a aus den dort schon angeführten Gründen). Er erscheint also in dieser zweiten Hauptform stets als der Beweis einer Verneinung, sei es einer einfachen — gegen das Dasein des Rechtsgrundes oder der Thatsachen gerichteten, unmotivirten oder motivirten —, oder einer qualificirten Verneinung. —

Wir haben oben nach der verschiedenen Art und Weise seiner Wirkung zwei Hauptarten des Gegenbeweises unterschieden. Häufig wird aber noch eine andere, auf mehr äußern Gründen beruhende Eintheilung gemacht. Man hat nämlich darauf Rücksicht genommen, daß manchmal der Gegenbeweis dasselbe nächste Thema[7]) wie der Hauptbeweis, nur in umgekehrter Fassung (hierher gehört blos der Beweis der einfachen, unmotivirten Verneinung), in andern Fällen aber ein von dem leztern ganz verschiedenes nächstes Thema hat. Dadurch kam man dann zur Unterscheidung eines s. g. unmittelbaren und mittelbaren Gegenbeweises[8]). Diese Eintheilung ist beizuhalten, da sie auf einem guten logischen Grunde, nämlich auf dem Unterschiede zwischen contradictorischem und conträrem Gegensaze beruht, und für die processualische Behandlung nicht ohne praktische Bedeutung ist.

§. 19.

4) Sezt der Gegenbeweis einen Hauptbeweis voraus?

Es ist eine ziemlich allgemeine Behauptung, daß ein Ge-

---

a. a. O. §. 33 (S. 282 ff.), dessen Darstellung dem Verfasser indessen einiger Abänderungen zu bedürfen schien

7) Das eigentliche, juristische Thema des Haupt= sowol, als des Gegenbeweises ist die in Frage stehende processualische Behauptung. Davon ist wesentlich zu trennen das nächste, factische Thema, d. h. die Thatsachen, auf welche sich ein Beweis unmittelbar bezieht, und von deren Wahrheit oder Nichtwahrheit dann ein Schluß auf das Dasein oder Nichtdasein des behaupteten Rechtes gemacht werden soll.

8) Schneider a. a. O. § 380; — Collmann a. a. O. §. 49—51; — Mittermaier im Archiv VI S. 353; — Kitka a. a. O. §. 8.

genbeweis nicht denkbar sei ohne einen vorhergegangenen Hauptbeweis [1]). Dagegen hat v. Linde Abhdl. I. S. 56 – 61 zu zeigen gesucht, daß ein Gegenbeweis immer nur möglich sei, wenn man annehme, daß kein Hauptbeweis vorliege. Linde hat deßhalb sogar den Namen „Gegenbeweis" für unpassend erklärt; denn es ließe sich ja ein Gegenbeweis nicht denken, wo kein Beweis vorhergegangen wäre, wenn aber durch den Gegenbeweis die durch den Beweis beigebrachte juristische Ueberzeugung wieder aufgelöst würde, so könnte der Beweis nicht geführt sein. Beide Ansichten scheinen uns zu weit zu gehen.

Was die leztere anbetrifft, so beruht dieselbe wesentlich darauf, daß Linde neben seinem objectiven Begriffe von Beweis, der mit dem von uns aufgestellten zusammentrifft, noch einen subjectiven annimmt, wonach der Beweis gleichbedeutend mit der juristischen Ueberzeugung des Richters ist (S. oben § 3). Allerdings läßt sich, wenn Beweis gleich juristischer Gewißheit ist, beim Vorhandensein desselben ein Gegenbeweis, d. h. eine Gegengewißheit nicht denken; wenn wir aber unter Beweis beziehgsw. Hauptbeweis den Inbegriff von Gründen für die juristische Wahrheit einer Behauptung verstehen, so steht doch gewiß kein Hinderniß im Wege, mit dem Dasein eines solchen das Dasein eines Gegenbeweises, d. h. von Gründen gegen die Wahrheit dieser Behauptung für verträglich zu erklären.

Derselbe Grund, nur nach einer andern Seite, spricht aber auch gegen jene erste Ansicht. Die Gründe für sind überhaupt ganz unabhängig von den Gründen gegen, und wie daher einerseits Gründe gegen ganz gut neben Gründen für vorhanden sein können, so ist andererseits das Dasein von Gründen gegen keineswegs durch das Dasein von Gründen für bedingt [2]). Jene Ansicht ist hauptsächlich nur daraus hervor-

---

1) Man s. z. B. Gönner Handbuch II. 41 §. 3 (S. 337 ff.); Kitka a. a. O. §. 17 u. A. m.

2) Man vgl Collmann a. a. O. S. 83; — Heyer a. a. O. S. 154 Not. 1.

gegangen, daß der Gegenbeweis erst nothwendig wird und in Rücksicht kommt, wenn ein Hauptbeweis vorliegt. Dazu kommt dann noch eine Folgerung aus dem Worte „Gegenbeweis", indem man glaubte, doch unmöglich von einem Gegenbeweise sprechen zu können, wenn kein Beweis vorhergegangen sei. Was den ersten Grund betrifft, so geht daraus, daß der Gegenbeweis erst dann nothwendig wird, wenn ein Hauptbeweis vorhanden ist, noch nicht die Unmöglichkeit eines Gegenbeweises ohne das Dasein eines Hauptbeweises hervor. Selbst die Gegenbeweisführung sezt nicht nothwendig einen Hauptbeweis voraus. So ist z. B. die anticipirte Gegenbeweisführung, wie wol jezt allgemein anerkannt wird, durchaus nur als Gegenbeweisführung zu behandeln [3]). Bezüglich des zweiten, vom Ausdrucke „Gegenbeweis" hergenommenen Grundes aber: so ist ein solches Folgern aus blosen Worten, namentlich aus Kunstausdrücken, bei welchen man wesentlich auch auf die Zeit und die Umstände ihres Entstehens und die damals herrschenden wissenschaftlichen Ansichten Rücksicht nehmen muß, immer sehr mißlich. Aber selbst wenn man annehmen wollte, daß auf das Wort „Gegenbeweis" eine besondere Rücksicht genommen werden müßte: so ließe sich deßwegen noch keineswegs behaupten, daß dies Wort einen Beweis bezeichne, der gegen einen andern Beweis gerichtet ist. Es könnte vielmehr eben so gut unter „Gegenbeweis" auch ein gegen die gegnerische Behauptung gerichteter Beweis verstanden werden, so daß dann dieser Ausdruck gerade und genau den Begriff bezeichnen würde. den wir ihm oben beigelegt haben. Deßwegen können wir denn auch noch nicht mit Linde den Namen „Gegenbeweis" für verwerflich erklären, wenn wir auch anerkennen, daß der Gegenbeweis keineswegs immer nothwendig durch das Vorhandensein eines Hauptbeweises bedingt sei.

---

3) Nur v. Gönner Hdbch. II, 37 § 16 und 40 § 6 hat in consequenter Durchführung der Ansicht, daß der Gegenbeweis immer einen Hauptbeweis vorausseze, auch den anticipirten Gegenbeweis als Hauptbeweis betrachtet und behauptet, bei der anticipirten Beweisführung übernehme der Beweisführer freiwillig die Beweislast. Man sehe dagegen Mittermaier im Archiv Bd. I. S. 131 ff.; — Collmann a. a. O. § 32.

§. 20.

5) Natur des Beweises gegen das Zutreffen einer Rechtsvermuthung, des Beweises zur Gewissensvertretung und des Gegenbeweises gegen einen Gegenbeweis.

Nach den vorhergegangenen Erörterungen werden sich jezt mit Leichtigkeit mehrere, bisher sehr bestrittene Fragen entscheiden lassen, namentlich ob der Beweis gegen das Zutreffen einer Rechtsvermuthung und der Beweis zur Gewissensvertretung als Haupt- oder Gegenbeweis zu betrachten sei.

I. Wenn Der, welcher eine processualische Behauptung aufstellt, eine Rechtsvermuthung für sich hat, so braucht er nur den Beweis von deren Prämissen zu liefern. Hat er diesen erbracht, so erscheint seine Behauptung als gegründet, wenn nicht der Gegner zeigt, daß troz des Vorhandenseins der Prämissen dennoch im gegebenen Falle die Rechtsvermuthung nicht zutreffe. Welche Natur hat nun dieser Beweis? Sehr Viele betrachten ihn als Hauptbeweis [1]), und zwar theils wegen der Annahme, daß ein Gegenbeweis ohne einen vorhergegangenen Hauptbeweis nicht denkbar sei, theils weil seine Herstellung im Beweisurtheil dem Gegner ausdrücklich aufgelegt wird. Beide Gründe sind jedoch ungenügend. Denn hinsichtlich des erstern haben wir einestheils oben gesehen, daß der Gegenbeweis keineswegs nothwendig einen Hauptbeweis voraussezt, anderntheils fehlt es aber im Falle einer Rechtsvermuthung gar nicht einmal an einem solchen, indem deren Begriff nach eben durch den Beweis der Prämissen auch die nach der Vorschrift des Gesezes daraus zu ziehende Folgerung erwiesen ist [2]). Ja, wenn die Prämissen noch nicht gewiß sind, so kann selbst noch eine besondere Beweisführung nothwendig werden. Was aber den zweiten Grund betrifft, so werden wir weiter unten zeigen, daß es juristisch keinen Unterschied macht, ob eine Beweisführung aufgelegt oder blos nachgelassen

---

1) Z. B. Bayer a. a. O. S. 439; — Linde in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. XI. S. 132 f.

2) Borst a. a. O. § 30 ff.; — Joachim Diss. cit. § VIII.

wird, und daß unter Umständen auch ein Gegenbeweis aufgelegt werden kann (§ 25).

Wir müssen vielmehr unsere Frage nach dem oben gefundenen Unterscheidungsmerkmal des Haupt- und Gegenbeweises entscheiden. Danach wird es denn darauf ankommen, ob die Rechtsvermuthung für oder gegen eine processualische Behauptung spricht. Im erstern Falle wird der Beweis gegen deren Zutreffen als Gegenbeweis, im zweiten als Hauptbeweis zu betrachten sein. Da nun die Fälle der erstern Art die häufigern sind, so wird der gegen das Zutreffen einer Rechtsvermuthung gerichtete Beweis regelmäßig als Gegenbeweis erscheinen [3]). Wenn also z. B. Jemand eine actio de filiatione anstellt und sich zu deren Begründung darauf stüzt, daß er in der Ehe des Beklagten von dessen Ehefrau geboren worden sei, lezterer aber vorbringt, daß hier die Rechtsvermuthung: pater est, quem nuptiae demonstrant, nicht zutreffe, weil Kläger gar nicht von ihm habe gezeugt werden können (z. B. im Falle der L. 6 Dig. de his, qui sui v. al. iur. 1,6), und den Beweis dieses Vorbringens liefert: so ist dieser Beweis nur als Gegenbeweis zu betrachten.

II. Ueber die Frage nach der Natur des Beweises zur Gewissensvertretung wird bis auf die neueste Zeit ein ziemlich lebhafter Streit geführt. Während die Einen diesen Beweis lediglich als Gegenbeweis auffassen [4]), wollen ihm Andere die Natur eines selbstständigen Beweises, also eines Hauptbeweises zuschreiben. Die leztere Ansicht hat besonders an v. Gönner und jezt an v. Linde ihre Vertreter gefunden [5]). Dieser Streit wurde hauptsächlich dadurch hervorgerufen, daß man die Ent-

---

3) Borst a. a. O. § 33; — Joachim l. c. § VIII; — Gensler im Archiv Bd. IV S. 303; — Mittermaier im Archiv Bd. VI S. 356.

4) Z. B. Joachim Diss. cit §. XIX; — Collmann a. a. O. S. 76 f.; — Bayer a. a. O. S. 528; — Heyer a. a. O. S. 135 ff.; — Wolffson im Archiv f. civ. Pr. Bd. XXV. S. 255 ff.

5) Gönner Hdbch II, 48; — Linde Abhdl. I. S. 80 ff; Zeitschr. f. Civilrecht u. Proceß Bd. III. Abhdl. 1; Bd. XI. S. 124 ff. bes. S. 136. Dagegen Wolffson a. a. O.

scheidung dieser Frage zur Beantwortung der andern für nothwendig hielt, ob gegen den Beweis zur Gewissensvertretung eine Gegenbeweisführung zulässig sei oder nicht. Man glaubte nämlich nach dem Saze: reprobatio reprobationis non datur dieselbe nur dann zulassen zu dürfen, wenn man jenen Beweis als Hauptbeweis betrachtete. Man sah nun aber in der Gestattung einer Gegenbeweisführung gegen den Beweis zur Gewissensvertretung eine gebieterische Anforderung der Billigkeit [6]) und suchte daher denselben als Hauptbeweis darzustellen, wobei man eine vielfach sehr scharfsinnige Ausführung nicht in Abrede stellen kann [7]). Dazu kam, daß man bei dem Beweise zur Gewissensvertretung keinen vorhergegangenen Hauptbeweis wahrnahm [8]), was nach der Ansicht, daß ein Gegenbeweis stets einen Hauptbeweis voraussetze, schon von vornherein für die Natur jenes Beweises als Hauptbeweises zu sprechen schien. Der leztere Grund hat bereits oben seine hinreichende Würdigung gefunden, bedarf daher hier keiner besondern Widerlegung mehr. Was aber den ersten betrifft, so scheint uns die Frage, ob gegen den Beweis zur Gewissensvertretung eine Gegenbeweisführung

---

6) Gegen diese Billigkeit möchten sich jedoch noch manche Gründe namhaft machen lassen. Wolffson a. a. O. S. 280 f.

7) Die Begründung ist nicht immer dieselbe. So hat Gönner a. a. O. § 5 den Beweis zur Gewissensvertretung als „einen für die Beweisführung durch Eidesdelation eingeschobenen Präjudicialpunkt“ erklärt, während ihn Linde als den Beweis eines Recusationsgrundes der Eidesannahme auffaßt.

8) Man hat zwar von Seite Derer, welche den Beweis zur Gewissensvertretung als Gegenbeweis auffassen, zu zeigen gesucht, daß, wenn es zu diesem Beweise komme, stets ein Hauptbeweis vorliege (z. B. Wolffson in der angef. Abh.); diese Versuche sind aber wol kaum als gelungen zu betrachten. Denn nehmen wir den Fall an, daß der Hauptbeweis blos durch Eideszuschiebung versucht wird — und auf diesen Fall kommt es hier hauptsächlich nur an —: so läßt sich in der That, wenn der Gegner zur Gewissensvertretung greift, überall kein Hauptbeweis erblicken. Ein solcher wäre nur dann vorhanden, wenn der Eid verweigert wäre. Dies tritt aber im Falle der Gewissensvertretung nicht ein, da ja immer noch geschworen werden kann, wenn diese mißlingen sollte.

zulässig sei oder nicht, gar nicht wesentlich mit der Frage, ob demselben die Natur eines Haupt- oder eines Gegenbeweises zukomme, zusammenzuhängen. Der Saz: reprobatio reprobationis non datur hat durchaus keine absolute, aus der Natur des Gegenbeweises fließende Giltigkeit [9]), sondern er erscheint nur als Ausfluß des Eventualprincips und der Grundsäze über peremtorische Fristen und gilt daher auch blos so weit, als er hierin seine Rechtfertigung findet. Danach ist eine Gegenbeweisführung gegen einen Gegenbeweis nur insofern ausgeschlossen, als jene blos ein Nachbringen bereits präcludirter Beweismittel enthalten würde [10]). Nur aus diesem — dem Eventualprincip entlehnten — Gesichtspunkte ist denn auch die Frage, ob gegen den Beweis zur Gewissensvertretung eine Gegenbeweisführung statthaft sei, zu beurtheilen. Die Frage dagegen, ob demselben die Natur eines Haupt- oder Gegenbeweises zukomme, läßt sich nur nach dem allgemeinen Begriffe des Haupt- und Gegenbeweises beantworten. Danach erhalten wir aber das einfache Ergebniß, daß der Beweis zur Gewissensvertretung als Gegenbeweis erscheint, wenn er gegen die Wahrheit einer processualischen Behauptung sich richtet, als Hauptbeweis, wenn sein Ziel die Herstellung von deren Wahrheit ist. Demzufolge wird er meistens als Gegenbeweis sich darstellen; z. B. Es klagt Jemand gegen einen Andern ein Darlehen ein, welches er ihm am 7. Juni 1853 gegeben haben will, und schiebt zu dessen Beweise dem Beklagten den Eid zu. Dieser aber beweist auf dem Wege der Gewissensvertretung, daß er an jenem Tage an einem ganz andern als dem vom Kläger angegebenen Orte sich befand. Es gibt indessen auch viele Fälle, in welchen der Beweis zur Gewissensvertretung als Hauptbeweis erscheinen wird, z. B. wenn eine Rechtsvermuthung für eine pro-

---

9) Eine solche hat ihm Linde Abhdl. I. S. 72 ff. zuzuschreiben gesucht.

10) Man vergl. Wohlfarth: Ueber den Saz: reprobatio reprobationis non datur. München 1826; — Bayer a. a. O. S. 441; — Wolffson a. a. O. S. 282.

cessualische Behauptung spricht, und der Gegner, statt deren Nichtzutreffen in concreto durch anderweite Beweismittel darzuthun, dem Angreifer den Eid darüber zuschiebt, dieser aber, statt zu schwören, zur Gewissensvertretung seine Zuflucht nimmt; oder der Beklagte behauptet, er habe den Vertrag, aus welchem der Kläger klage, nur zum Scherze mit diesem abgeschlossen, die Vertragsurkunde, durch welche der Kläger seinen Anspruch beweisen wolle, sei blos der Belehrung wegen niedergeschrieben worden u. dgl. Er schiebt darüber dem Kläger den Eid zu, dieser greift aber zur Gewissensvertretung und beweist durch Zeugen, daß der fragliche Vertrag nicht blos zum Scherze abgeschlossen wurde ꝛc.

III. Nach unserer Ansicht über Haupt- und Gegenbeweis möchten sich vielleicht einige Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Natur eines Gegenbeweises gegen einen Gegenbeweis zu ergeben scheinen. Es soll daher hierüber noch in Kürze gesprochen werden. In den Fällen zwar, in welchen ausnahmsweise gegen einen unmittelbaren Gegenbeweis noch eine Gegenbeweisführung zulässig ist [11]), in welchen also das Thema dieser mit dem ursprünglichen Hauptbeweissaze ganz gleich ist, — in diesen Fällen wird es wol kaum einem Zweifel unterliegen, daß der durch diese Gegenbeweisführung erbrachte Beweis juristisch als Hauptbeweis zu betrachten ist, indem er ja offensichtlich nur einen Nachtrag zu diesem bildet. Wie verhält es sich aber mit dem Gegenbeweise gegen einen mittelbaren Gegenbeweis? Wenn also z. B. der Beklagte das Alibi vorgeschüzt hat, und der Kläger dagegen dessen Anwesenheit darzuthun sucht: ist diese Beweisführung eine Haupt- oder eine Gegenbeweisführung? Dem Anscheine nach scheint sie doch wol nur als leztere aufgefaßt werden zu können. Und doch wird durch sie offenbar zulezt die Annahme der bezüglichen pro-

---

11) Dies ist der Fall, wenn gar keine peremtorische Beweisfrist gesteckt war, oder wenn die Bedingungen eintreten, unter welchen auch nach eingetretener Präclusion ein neues Beweismittel noch nachgeholt werden kann. Bayer a. a. O. S. 441 und 565.

cessualischen Behauptung als gewiß bezweckt, sie wäre also der oben aufgestellten Ansicht über Haupt= und Gegenbeweis zufolge als Hauptbeweisführung zu betrachten. Liegt darin nicht ein Widerspruch, und zeigt sich dadurch nicht jene Ansicht selbst als unhaltbar?

Diese Zweifel lassen sich, wie uns scheint, sehr einfach beseitigen durch Berücksichtigung eines schon oben §. 18 Not. 7 angedeuteten Unterschiedes, des Unterschiedes nämlich zwischen dem nächsten, factischen und dem eigentlichen, juristischen Thema eines Beweises. Wenn man blos das nächste Thema ins Auge faßt, so erscheint die gegen einen mittelbaren Gegenbeweis gerichtete Gegenbeweisführung allerdings als Gegenbeweisführung, indem sie zunächst darauf gerichtet ist, Gründe gegen die Wahrheit des jenem mittelbaren Gegenbeweise zu Grunde liegenden Sazes herbeizuschaffen. Allein ihr eigentlicher Zweck ist doch der, den Richter zur Annahme der juristischen Wahrheit einer Behauptung zu bestimmen; die Gründe gegen die Wahrheit des mittelbaren Gegenbeweissazes haben nur insofern juristisch eine Bedeutung, als sie mittelbar Gründe für die Wahrheit jener Behauptung sind, indem sie durch Beseitigung der Wirkung der Gründe gegen dieselbe, den Gründen für ihren Erfolg sichern. Demzufolge ist denn ein solcher Gegenbeweis gegen einen mittelbaren Gegenbeweis juristisch als Hauptbeweis anzusehen [12]). Daß er der äußern Erscheinung und seinem nächsten Thema nach im Gewande eines Gegenbeweises sich darstellt, ist ein blos thatsächliches Verhältniß, welches uns den juristischen Gesichtspunkt nicht verrücken darf. Wir müßten auch sonst mit gleichem Rechte den mittelbaren Gegenbeweis als Hauptbeweis ansehen, weil er ein vom nächsten Thema des leztern verschiedenes, selbstständiges nächstes Thema hat und somit der äußern Betrachtung nach in der Gestalt eines Hauptbeweises erscheint.

---

12) Vergl. Heyer a. a. O. S. 160 f.

B) Von der Haupt- und Gegenbeweisführung.

§. 21.

1) Begriff, Zweck, Formen; Grund der Zulässigkeit der Gegenbeweisführung.

Wie Beweisführung überhaupt die auf Herstellung eines Beweises gerichtete Thätigkeit (§ 8), so ist Hauptbeweisführung die auf Herstellung eines Haupt-, Gegenbeweisführung die auf Herstellung eines Gegenbeweises gerichtete Thätigkeit.

Aus diesem Begriffe ergibt sich von selbst der Zweck der Haupt- und Gegenbeweisführung. Dieser besteht nämlich zunächst in Herbeischaffung eines Haupt- beziehungsweise Gegenbeweises. Mittelbar geht er dann natürlich auch auf Herbeiführung von dessen Wirkung, und ist daher seinem endlichen Ziele nach von dem des Haupt- und Gegenbeweises selbst nicht verschieden (§ 17).

Dieselben Formen, in welchen der Haupt- und Gegenbeweis erscheinen können (§ 18), kehren auch bei der Haupt- und Gegenbeweisführung wieder. Namentlich müssen wir deßhalb auch zwischen unmittelbarer und mittelbarer Gegenbeweisführung unterscheiden.

Alle diese und ähnliche Verhältnisse haben schon oben eine hinreichende Erörterung gefunden. Hier bedürfen nur einige, gerade nur auf die Haupt- und Gegenbeweisführung bezügliche Fragen einer nähern Betrachtung. Zunächst einige Worte über den Grund, aus welchem überhaupt eine Gegenbeweisführung zulässig ist!

Dieser Grund liegt in dem Grundsaze der unbeschränkten Vertheidigungsbefugniß Dessen, gegen den ein gerichtlicher Angriff gemacht wird. Schon die natürliche Billigkeit verlangt, daß Der, zu dessen Nachtheil etwas geschehen soll, zuvor mit seinen Erinnerungen gehört werde. Besonders muß dies aber im gerichtlichen Verfahren eintreten, in welchem ja die höchste, den Menschen mögliche Unparteilichkeit und Gerechtigkeit erreicht werden soll. Demzufolge darf der Richter, wenn auch Gründe vorliegen, welche im Allgemeinen als genügend erscheinen, gegen

Jemanden zu erkennen, ein demselben nachtheiliges Urtheil doch nicht aussprechen, bevor er ihm Gelegenheit gegeben hat, seine Einwendungen und Gegengründe geltend zu machen. Wenn dies schon im Strafverfahren der Fall ist, in welchem es sich um materielle Wahrheit handelt, und in welchem deßhalb schon von vornherein alle Gründe für sowohl, als wider herzustellen gesucht werden, so muß es noch um so viel mehr im bürgerlichen Verfahren stattfinden. In diesem ist ja nur eine formelle Wahrheit erforderlich, und wenn daher auch bereits Gründe für einen behaupteten Anspruch vorhanden sind, welche im Allgemeinen nach der Beweistheorie genügen, um denselben als gewiß erscheinen zu lassen: so kann noch immer der Gegner im Stande sein, Gegengründe beizubringen, wegen deren dennoch der Richter in concreto gehindert ist, eine juristische Ueberzeugung zu gewinnen. Ja es kann nach der Beweistheorie des gemeinen Rechtes sogar der Fall sein, daß sich in Betreff desselben Sazes zwei an sich vollkommen genügende Beweise entgegenstehen. Z. B. A hat durch zwei classische Zeugen dargethan, daß er mit B einen Kaufvertrag abgeschlossen; B beweist aber durch zwei eben so classische, daß er diesen Kaufvertrag nicht abgeschlossen. Nun wäre es doch eine ungerechte Beschränkung des processualisch Angegriffenen, wenn man in solchen Fällen zwar dem Angreifer gestatten wollte, alle Gründe für seinen Angriff vorzubringen, aber ihm nicht, Gründe gegen denselben geltend zu machen. Und zwar darf und kann er dies offenbar auch dann, wenn er das materielle Recht nicht für sich haben sollte; denn das Erforderniß blos formeller Wahrheit muß ebensowol dem einen, wie dem andern Theile zu Gute kommen. Deßhalb wird der Beklagte, wenn der Kläger bereits nach der Beweistheorie genügende Gründe für die Wahrheit seiner Behauptung beigebracht hat, mit seinen Gegengründen nicht etwa nur dann gehört, wenn daraus die materielle Unwahrheit des klägerischen Anspruchs hervorgeht, sondern der von ihm gelieferte Gegenbeweis wird ebenfalls nur nach den formellen gesezlichen Beweisregeln beurtheilt.

Dadurch findet die Meinung Linde's ihre Widerlegung, wonach in der Zulassung der Gegenbeweisführung ein dem ma-

teriellen Rechte gemachtes Zugeständniß zu erblicken ist [1]). Es ist dies nur insofern richtig, als überhaupt das gemeine Recht bei Aufstellung seiner Beweistheorie doch eigentlich das materielle und nicht blos das formelle Recht im Auge hatte. Wenn aber trozdem in Folge dieser Beweisregeln materielles Unrecht zu formellem Rechte werden kann, so ist dies nicht weniger möglich in Folge einer Gegenbeweisführung, als es durch eine Hauptbeweisführung geschehen kann.

§. 22.

2) Wann kommt es zu einer Haupt-, wann zu einer Gegenbeweisführung?

Wie überhaupt eine Beweisführung dann erforderlich wird, wenn noch kein genügender Beweis vorliegt (§ 9), so kommt es zu einer Haupt- beziehungsweise Gegenbeweisführung, wenn in einem Falle ein Haupt- beziehungsweise Gegenbeweis nothwendig, aber noch nicht in genügender Weise vorhanden ist. Es fragt sich daher nur: Wann bedarf es eines Hauptbeweises, wann eines Gegenbeweises?

Wenn eine processualische Behauptung erfolgreich sein soll, so muß sie gewiß sein. Sie wird also überhaupt nur dann berücksichtigt, wenn Gründe für ihre Wahrheit vorliegen, m. a. W. wenn ein Hauptbeweis vorhanden ist. Ist dies nicht der Fall, so wird die bezügliche Behauptung ohne Weiteres zurückgewiesen, auch wenn gar keine Gründe gegen vorliegen sollten [1]). (Daher ist denn auch der Name „Hauptbeweis" zu erklären. Ein Hauptbeweis ist somit in jedem Rechtsstreite nothwendig.)

Anders verhält es sich mit dem Gegenbeweise. Dieser ist nicht schlechthin in jedem Rechtsstreite erforderlich, sondern kommt nur dann in Rücksicht, wenn bereits Gründe für, wenn ein Hauptbeweis vorliegt. Ist dieser freilich in genügender Weise vorhanden, so ist es im Interesse des Angegriffenen eben so wichtig, daß ein Gegenbeweis vorhanden sei oder herbeigeschafft

---

1) Linde Abhdl. S. 60 u. 64.

1) Actore non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestiterit, obtinebit. L. 4 Cod. de edendo2, 1.

werde, als das Vorhandensein eines Hauptbeweises für Den, der einen processualischen Angriff macht. Denn wie für Diesen von dem Dasein eines Hauptbeweises der Erfolg seines Angriffes, so hängt für Jenen im obigen Falle vom Dasein des Gegenbeweises die Nichtverurtheilung ab. Man kann daher nicht sagen, daß der Gegenbeweis in einem Processe nicht nothwendig sei, aber seine Nothwendigkeit ist keine absolute wie beim Hauptbeweise, sondern blos eine relative, durch das Vorhandensein eines Hauptbeweises bedingte.

Wenden wir dies nun auf die Haupt- und Gegenbeweisführung an, so ergibt sich, daß eine Hauptbeweisführung in jedem Rechtsstreite erforderlich ist, wenn noch keine genügenden Gründe für die juristische Wahrheit der bezüglichen Behauptung vorhanden sind. Eine Gegenbeweisführung dagegen ist noch nicht immer dann erforderlich, wenn noch keine Gründe gegen die Wahrheit einer Behauptung vorliegen, sondern es muß zu dieser Voraussezung als eine weitere Bedingung noch das Dasein eines Hauptbeweises sich gesellen. —

Wir haben bisher die Frage behandelt, wann die Haupt- beziehungsweise Gegenbeweisführung nothwendig ist. Fragen wir nun auch noch kurz, wann dieselbe juristisch möglich ist, d. h. in welchen Fällen sie sich möglicherweise einen Erfolg versprechen kann. Was hier die Hauptbeweisführung betrifft, so ist dieselbe stets möglich, wenn nicht bereits ein vollständiger Gegenbeweis vorliegt, d. h. wenn nicht Gründe gegen die Wahrheit der Behauptung vorhanden sind, welche auch für den Fall, daß in abstracto der Hauptbeweis vollständig geliefert wäre, dennoch die Annahme der Behauptung als juristisch gewiß ausschließen würden. In diesem Falle wäre eine Hauptbeweisführung nur dann noch von Erfolg, wenn sie sich auf Beweisgründe stützte, welche jede Möglichkeit eines Gegenbeweises ausschließen z. B. auf eine praesumtio juris et de jure oder auf einen gerichtlichen Augenschein.

Die Gegenbeweisführung dagegen ist noch nicht deßhalb unmöglich, weil in einem Falle bereits ein in abstracto vollkommen genügender Hauptbeweis vorliegt. Denn es können ja in concreto noch manche Gründe vorhanden sein, welche

dem Richter Zweifel in Bezug auf die juristische Gewißheit erwecken. Mehr bedarf es aber nicht als dieses Zweifels, um die Gegenbeweisführung erfolgreich zu machen, denn der Gegenbeweisführer braucht nicht positiv die Unwahrheit zu zeigen, wie der Hauptbeweisführer positiv die Wahrheit, sondern er ist genugsam geschüzt, so lange nur diese positive Wahrheit nicht angenommen werden kann (In dubio pro reo). Die Gegenbeweisführung ist vielmehr nur dann unmöglich, wenn der Hauptbeweis in Gründen besteht, die entweder zufolge ihrer Natur oder gesezlicher Bestimmung gemäß den Richter unbedingt zur Annahme der Gewißheit nöthigen, wie z. B. der gerichtliche Augenschein, der Schiedseid[2]), praesumtiones juris et de jure[3]) u. a. m.

§ 23.

3) Wer muß die Haupt-, wer die Gegenbeweisführung übernehmen? oder über die Beweislast.

Wir haben in § 10 gefunden, daß, wenn auch unter Umständen der Richter für Herbeischaffung eines Beweises thätig werden kann, doch im Allgemeinen die Beweisführung nach gemeinem Rechte den Parteien obliegt. Welche der Parteien muß nun, wenn eine Haupt- oder Gegenbeweisführung in einem Falle nothwendig wird, dieselbe übernehmen? Es ist dies im Allgemeinen die Frage nach der s. g. Beweislast oder Beweispflicht.

Besonders wichtig ist indessen diese Frage nur hinsichtlich der Hauptbeweisführung. Denn einestheils ist nur der Hauptbeweis in jedem Rechtsstreite wesentlich und absolut erforderlich, während das Vorhandensein eines Gegenbeweises nur relativ nothwendig wird; anderntheils ist aber auch, wenn man nur einmal weiß, wer in jedem Falle den Hauptbeweis zu führen habe, von selbst klar, daß die Gegenbeweisführung dem Gegner

---

2) Doch ist nach der P. G. O. Art. 107 der Beweis des Meineids zulässig.

3) Manche wollen jedoch einen Gegenbeweis gegen dieselben gestatten, z. B. Collmann a. a. O. § 57 ff; — Linde Lehrbch. § 255 a. E. —

obliegt. Aus diesem Grunde hat man denn auch von jeher nur darüber, wer den Hauptbeweis zu führen habe, nähere Untersuchungen angestellt, und unter Beweislast oder Beweispflicht vorzugsweise nur die Verbindlichkeit zur Hauptbeweisführung verstanden [1]).

Ueber die Beweislast in diesem Sinne finden wir nun in unserm Rechte mehrfache Regeln, besonders die bekannten Säze:

Necessitas probandi incumbit illi, qui agit [2]) und

Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat [3]).

Diese und einige andere Aussprüche unserer Geseze haben im Laufe der Zeit sehr verschiedene Auffassungen erfahren und den Anlaß zur Ausbildung sehr von einander abweichender Systeme gegeben [4]). Genau betrachtet drücken jedoch diese Regeln ganz denselben Gedanken aus. Die erste nämlich sagt offenbar nichts Anderes, als:

„Wer eine processualische Behauptung aufstellt, muß deren Beweis liefern" [5]).

Ganz denselben Sinn hat aber auch die zweite Regel. Denn — juristisch betrachtet — bejaht, behauptet nur Der, welcher ein Recht in Anspruch nimmt, welcher also eine processualische Behauptung aufstellt. Umgekehrt verneint, leugnet nur Der, welcher diese Behauptung in Abrede stellt [6]). Ob das that-

1) Dadurch ist dann die Meinung entstanden, als ob nur die Hauptbeweisführung eine Pflicht, die Gegenbeweisführung aber blos ein Recht wäre, worüber im folgenden §.

2) L. 21 Dig. de probat. 22,3; § 4 Inst. de legat. 2,20; L. 8, 20 Cod. de probat. 4,19; L. un. Cod. de prohib. sequest. pec. 4,4.

3) L. 2 Dig. de probat. 22.3; L. 23 Cod. eod. 4,19. — Ueber die verschiedenen Regeln des gemeinen Rechts hinsichtlich der Beweislast vgl. man Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 321 ff.

4) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 323 ff.

5) Vgl. L. 1 Dig. de exc. 44,1: Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est. L. 19 pr. Dig. de probat. 22,3; L. 9, 25 § 2 eod.; L. 19 Cod. eod. 4,19; L. 9 Cod. de exc. 8,36.

6) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 338; — Puchta Pand. § 97 Not. g.

sächliche Vorbringen, auf welchem dieselbe beruht (also das nächste Thema des Beweises) eine bejahende oder verneinende Form hat, ist hierbei ganz gleichgiltig. Falsch ist daher die Ansicht, daß eine factische Negative von der Beweislast befreie [7]).

Der Saz: Affirmanti, non neganti incumbit probatio in diesem Sinne, wonach er also nur besagt, daß Der, welcher einen Anspruch erhebt, erforderlichen Falles die Hauptbeweisführung übernehmen müsse, ist auch sehr natürlich. Denn schon im gewöhnlichen Leben pflegen wir ja die Begründung einer Behauptung von Dem zu fordern, der sie aufgestellt hat, besonders wenn diese Behauptung in seinem eigenen Interesse liegt. Um so mehr werden wir es daher im Processe, in welchem der Richter von der Persönlichkeit der Parteien ganz absehen muß und der einen nicht mehr Glauben schenken darf als der andern, — um so mehr werden wir es im Processe billig finden, daß Der, welcher einem Andern gegenüber ein Recht geltend macht, gehalten ist, darzuthun, daß ihm dies Recht wirklich zustehe, widrigenfalls seiner Behauptung kein rechtlicher Erfolg gegeben werden könnte.

Diese Ansicht darf man denn auch heutzutage, wenigstens in der Theorie, als allgemein angenommen betrachten. Nur wird sehr häufig behauptet, daß obige Regel nicht ohne Ausnahmen sei. Namentlich soll durch Rechtsvermuthungen eine

---

7) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 340; — Collmann a. a. O. § 33 ff. — Weber: Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 187 ff.; — Linde: Von dem Beweise verneinender Säze; in der Zeitschrift f. Civilrecht u. Proc. Bd. I. S. 94 ff. u. A. m. — Die Ansicht, daß verneinende Säze von der Beweislast befreien, darf man in der Rechtslehre fast ganz als verklungen betrachten, wenn sie auch unter den ausübenden Rechtsmännern noch manche Anhänger zählen mag. Daß sie entstehen und sich bis zu Ende des vorigen Jahrhunderts fast als herrschend erhalten konnte, stellt der Wissenschaftlichkeit der frühern Zeiten nicht gerade das glänzendste Zeugniß aus. Sie hätte sich schon durch die Erwägung widerlegen sollen, daß ja danoch die Beweislast aller festen Merkmale entbehrte, indem es in den meisten Fällen eben so leicht ist, einen Saz in verneinender, als in bejahender Form darzustellen.

Veränderung in der Beweislast entstehen, d. h. es soll durch dieselben die Beweislast dem Behauptenden abgenommen und auf den Gegner gewälzt werden[8]). Es hängt diese Ansicht mit der schon oben (§ 9) bekämpften zusammen, daß durch Rechtsvermuthungen der Beweis ausgeschlossen werde, und scheint uns, wie diese, auf einer Verwechselung zu beruhen. So wenig Rechtsvermuthungen den Beweis beseitigen können, eben so wenig können sie eine Ausnahme von der über die Beweislast geltenden Regel bewirken. Sie machen nur unter Umständen eine Beweisführung überflüssig, und insoweit fällt dann auch natürlich die Frage weg, wer dieselbe zu übernehmen habe. Die Regel über die Beweislast erleidet also durch Rechtsvermuthungen keine Abänderung, sondern wegen derselben ist nur die Bedingung für ihre Anwendung nicht vorhanden. So wie daher ungeachtet einer Rechtsvermuthung diese Bedingungen dennoch eintreten, wenn also z. B. die Prämissen derselben noch ungewiß sind, und deßhalb eine Beweisführung nöthig wird: so äußert auch jene Regel wieder ihre volle Wirkung.

Durch das Gesagte hat eigentlich die Annahme, daß durch Rechtsvermuthungen die Beweislast auf den Gegner übergehe, auch schon ihre Widerlegung gefunden. Wir wollen jedoch gerade darauf noch etwas näher eingehen. Eine solche Meinung konnte sich nur in Folge der Ansicht bilden, welche den Beweis gegen eine Rechtsvermuthung als Hauptbeweis betrachtet (S. § 20). Wenn man nämlich annahm, daß beim Dasein einer Rechtsvermuthung der Gegner einen Hauptbeweis zu führen habe, so mußte man folgerichtig dazu kommen, daß jezt auf diesen die Beweislast übergegangen sei. Einige Ausdrücke unserer Quellen: „compelli ad probationes praestandas“ u. dgl.[9]) mögen dann noch das Ihrige zur Entstehung jener Meinung bei-

---

8) Puchta Pand. u. Vorlesungen § 97; — Weber a. a. O. V, § 3; — Heffter zu Weber S. 288; — Bayer a. a. O. S. 416 vgl. mit S. 439; — man vgl. auch Linde in der Ztschr. f. Civilrecht u. Proc. XI. S. 131 ff. —

9) L. 25 pr. D. de probat. 22,3; — vgl. § 3 eod.: „cui onus probationis incumbit.“

getragen haben. Diese Quellenausdrücke bezeichnen indessen nur, daß wegen einer Rechtsvermuthung für den Gegner eine Beweisführung nothwendig wird, ohne im Geringsten zu bestimmen, ob diese eine Haupt- oder Gegenbeweisführung sei. Dadurch allein aber, daß es wegen einer Rechtsvermuthung auf Seite des Gegners, wenn er nicht unterliegen will[10]), nunmehr einer Beweisführung bedarf, ist noch keineswegs bewiesen, daß diese eine Hauptbeweisführung, also die Beweislast d. h. die Verbindlichkeit zur Hauptbeweisführung auf den Gegner übergegangen sei. Sonst müßten wir ja auch in den Fällen, in welchen der Kläger seine Behauptung durch Zeugen bewiesen hat und deßhalb für den Beklagten, wenn er nicht verurtheilt werden will, eine Gegenbeweisführung nothwendig wird, von einem Uebergehen der Beweislast auf diesen sprechen. — Das Wahre ist Folgendes:

Wenn für eine processualische Behauptung eine Rechtsvermuthung spricht, so ist dadurch diese Behauptung in abstracto genügend erwiesen. Der Rechtsstreit ist ganz in derselben Lage, als ob der Beweis durch Urkunden oder Zeugen geliefert worden wäre. Der Angreifer hat daher seiner Beweislast im Allgemeinen Genüge geleistet, und es ist nun an dem Gegner, wenn er nicht verurtheilt werden will, mittelst einer Gegenbeweisführung Gründe beizubringen, wegen deren dennoch in concreto die Behauptung nicht als gewiß betrachtet werden kann. — Es entsteht also allerdings durch Rechtsvermuthungen für den Gegner eine Beweislast, aber nicht eine Last der Haupt-, sondern blos eine Last der Gegenbeweisführung. Auch überkommt er diese im Falle einer Rechtsvermuthung nicht etwa aus besondern Gründen, sondern lediglich aus dem allgemeinen Grunde, aus welchem überhaupt die Verbindlichkeit zur Gegenbeweisführung entspringt, aus dem Grunde

10) L. 25 pr. Dig. cit.: si vult audiri compellendum esse" etc. Es macht also nur die Rücksicht auf das eigene Interesse diese Beweisführung, (wie jede andere Gegenbeweisführung) nöthig.

nämlich, weil eben die Bedingungen für die Nothwendigkeit einer Gegenbeweisführung eingetreten sind (S. § 22)[11].

Man muß also in der That der oben aufgestellten Regel über die Beweislast (im engern Sinne) eine ganz allgemeine Giltigkeit zuerkennen. Um alles Mißverständniß zu vermeiden, kann man sie so fassen:

„Wer eine processualische Behauptung aufstellt, muß erforderlichen Falles (d. h. wenn noch kein genügender Beweis vorhanden sein sollte) durch seine Thätigkeit Gründe für deren Wahrheit herbeischaffen"[12].

Was nun die Obliegenheit zur Führung des Gegenbeweises anbetrifft, so bedarf es darüber keiner besondern Erörterung mehr. Aus den bisherigen Betrachtungen über die Hauptbeweislast ergibt sich von selbst, daß die Gegenbeweisführung, wenn sie nach Lage der Umstände nothwendig wird, stets eine Sache des Gegners des Hauptbeweisführers, also des Angegriffenen ist.

Schließlich können wir demnach als allgemeine und ausnahmslose Regel über die (Haupt- sowol, als Gegen-) Beweislast den Saz aufstellen:

Die Hauptbeweisführung, wenn sie nothwendig wird, liegt stets dem Angreifer, die Gegenbeweisführung unter derselben Voraussezung stets dem Angegriffenen ob.

§ 24.

4) Ist die Gegenbeweisführung ein Recht oder eine Pflicht?

Eine häufig gehörte Behauptung ist es, blos zur Hauptbeweisführung gebe es eine Verpflichtung, die Gegenbeweisführung dagegen sei lediglich als ein Recht auf-

---

11) Borst a. a. O. § 34.

12) Was der Angreifer beweisen müsse, um seinen Anspruch in abstracto als gegründet erscheinen zu lassen, wurde oben § 18 angedeutet. Das Nähere sehe man bei Bayer a. a. O. S. 427 ff; — Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 345 ff; — Collmaun a. a. O. § 16 ff. u. A. —

zufassen [1]). Obwol diese Behauptung streng genommen schon in den bisherigen Ausführungen ihre hinreichende Widerlegung gefunden haben dürfte, so soll sie doch hier noch eine kurze Betrachtung finden.

Die Hauptbeweisführung ist eine Pflicht insofern, als dann, wenn dieselbe nach den Umständen nothwendig wird, der Hauptbeweisführer sie übernehmen muß, weil sonst seine Behauptung nicht als gewiß betrachtet, derselben sonach keine Folge gegeben werden könnte. Eine andere als diese durch die Sorge für das eigene Interesse auferlegte Verbindlichkeit zur Führung des Hauptbeweises gibt es überall nicht. Namentlich verfällt die Partei nicht etwa durch deren Unterlassung in eine Strafe, sondern die einfache Folge ist dann eben nur der Verlust des Processes [2]). Gibt es aber in diesem Sinne nicht auch eine Verpflichtung zur Gegenbeweisführung? Man könnte dies nur dann leugnen, wenn die Unterlassung derselben niemals einen Nachtheil brächte [3]). Ein solcher Nachtheil tritt aber allerdings ein, und zwar kein anderer, als der auch aus der Unterlassung der Hauptbeweisführung fließt, nämlich der Verlust des Processes.

Auf der andern Seite ist aber auch die Hauptbeweisführung eben so gut ein Recht, wie die Gegenbeweisführung. Wie aus dem Grundsaze der unbeschränkten Vertheidigungsbefugniß und des wechselseitigen Gehörs die Befugniß fließt, Gründe gegen die Wahrheit einer processualischen Behauptung vorbringen zu dürfen: so geht die Berechtigung, Gründe für dieselbe geltend zu machen, aus dem Grundsaze hervor, daß Der, welcher ein Recht hat, es auch muß zur Geltung bringen dürfen. Denn diese Geltendmachung wäre ohne die Befugniß,

---

1) Gönner Hdbch. II, 41 § 5; — Danz a. a. O. § 251; — Schmid a. a. O. S. 137 a. E.; — Mittermaier im Archiv VI S. 360 u. A.

2) Collmann a. a. O. § 48.

3) Dies behaupten in der That Manche z. B. Schmid a. a. O. S. 137 a. E. Wie man dies begründen will, ist dem Verfasser unbegreiflich.

Gründe für dessen Dasein beizubringen — als der nothwendigen Vorbedingung für den Erfolg jedes gerichtlichen Angriffs — unmöglich. So hat denn auch z. B. der Kläger, wenn die Gegenbeweisführung anticipirt, aber unvollständig ausgefallen ist, ein Recht darauf, seinen Hauptbeweis führen zu dürfen.

§. 25.

5) Ist die Gegenbeweisführung blos vorzubehalten, oder kann sie auch unter Umständen aufgelegt werden? — Wie ist der Beweissaz für die Gegenbeweisführung abzufassen?

Als eine Eigenthümlichkeit der Gegenbeweisführung wird ganz allgemein angenommen, daß dieselbe im Beweiserkenntnisse nicht aufgelegt, sondern blos vorbehalten werde, ja selbst dieses Vorbehaltes nicht bedürfe, indem sich ihre Zulässigkeit von selbst verstehe [1]). Diese Ansicht hängt offensichtlich mit der im vorigen §. bekämpften zusammen. Nachdem wir daher gefunden haben, daß die Gegenbeweisführung eben so gut eine Pflicht ist wie die Hauptbeweisführung, und umgekehrt diese eben so gut ein Recht wie jene: so können wir in jenem Saze nur eine technische Regel für die Abfassung des Beweiserkenntnisses erblicken [2]), welcher juristisch keine weitere Bedeutung zukommt. Denn nach den Erörterungen des vorigen §. hätte es ja doch ganz dieselbe Wirkung, ob die Gegenbeweisführung blos vor-

---

1) Gönner Handbuch II. 41 §. 4; — Danz a. a. O. §. 251; — Claproth: Einl. §. 301; — Schmid a. a. O. S. 137. — Vgl. selbst Linde: Abhdl. §. 3. (S. 64); — Zeitschr. f. Civilrecht und Proceß Bd. XI. S. 133; — Lehrbuch §. 236

2) Vgl. Collmann a. a. O. §. 48 und §. 102. Linde will, obgleich er uns darin beistimmt, daß der Hauptbeweis ebensogut ein Recht sei als der Gegenbeweis, dennoch den Saz, daß der Gegenbeweis nur vorbehalten, aber nicht aufgelegt werde, nicht blos als technische Regel erklären, sondern denselben aus der Natur des Gegenbeweises ableiten (Abhdl. I S. 64). Seine Gründe dürften jedoch kaum als genügend erscheinen. Der einzige Grund könnte darin bestehen, daß sich verschiedene Wirkungen an die Form der Auflage oder der blosen Nachlassung knüpften. Eine solche Verschiedenheit der Wirkung ist aber nirgends ersichtlich.

behalten, oder ob sie aufgelegt wird. Ihre Unterlassung hat in dem einen, wie in dem andern Falle ganz dieselben Folgen.

Als blos technische Regel steht aber der erwähnte Saz unter den Grundsäzen der Zweckmäßigkeit, und nur nach dieser läßt sich daher entscheiden, ob ihm in allen Fällen Giltigkeit zukomme.

Wir müssen hier davon ausgehen, daß eigentlich der Richter im Beweisurtheil alle Beweisführungen namhaft machen müßte, welche in einem Processe möglicherweise erforderlich werden können. Er müßte also z. B. dem Kläger zunächst bei Vermeidung der Abweisung mit seiner Klage aufgeben zu beweisen, daß er dem Beklagten das eingeklagte Darlehen gemacht; für den Fall, daß dieser Beweis in abstracto genügend erbracht werden sollte, den Beklagten bei Vermeidung der Verurtheilung anhalten, Gründe beizubringen, wegen deren dennoch in concreto das Dasein des klägerischen Rechtes als nicht erwiesen angenommen werden könne. Für den Fall, daß der Beklagte diesen Gegenbeweis nicht hinreichend sollte zu liefern im Stande sein, müßte ihm dann aufgelegt werden, den Grund seiner etwaigen Einreden genügend zu erhärten, wogegen wieder eventuell vom Kläger die Gegenbeweisführung gefordert werden müßte u. s. w. Ein solches Verfahren wäre aber außerordentlich umständlich und schleppend, ohne die Klarheit zu vermehren. Man hat deßhalb in Fällen, in welchen dadurch kein Mißverständniß hervorgerufen werden kann, es für hinreichend erkannt, wenn nur der Hauptbeweis, also der Beweis der Klage, Einrede (zu welcher hier auch die qualificirte Verneinung zu rechnen ist, da diese heutzutage processualisch ganz wie eine Einrede behandelt wird) u. s. w. ausdrücklich gefordert, die Gegenbeweisführung aber nur in allgemeinen Ausdrücken vorbehalten wird. Ja selbst dieser Vorbehalt wird in solchen Fällen nicht als nothwendig betrachtet, indem man annimmt, daß in der Auflage der Hauptbeweisführung schon stillschweigend die Zuläßigkeit der Gegenbeweisführung ausgesprochen sei. Wo dagegen ein Mißverständniß durch einen solchen blosen Vorbehalt entstehen könnte, da muß immer auch die Gegenbeweisführung und ihr Thema ausdrücklich im Beweiserkenntnisse

namhaft gemacht, beziehungsweise die erstere aufgelegt werden. Dies wird namentlich der Fall sein, wenn nach der Lage der Umstände eine Hauptbeweisführung nicht mehr nothwendig, jedoch noch eine Gegenbeweisführung möglich ist. Hauptsächlich wird es also eintreten, wenn für die bezügliche Behauptung eine Rechtsvermuthung spricht, deren Prämissen bereits gewiß sind [3]), oder wenn durch eine anticipirte Beweisführung ein genügender Hauptbeweis hergestellt ist. In solchen Fällen würde ohne ausdrückliche Auflage die betreffende Partei gar nicht wissen, ob und über was sie eine Beweisführung zu übernehmen habe.

Nach derselben Rücksicht entscheidet sich auch die Frage: wie der Beweissaz bezüglich der Gegenbeweisführung abzufassen sei? Streng genommen müßte im Beweiserkenntnisse für jede irgendwie möglicherweise nothwendig werdende Beweisführung ein besonderer Beweissaz aufgestellt werden. In der Regel wird jedoch aus dem Thema der Hauptbeweisführung sich das der Gegenbeweisführung von selbst ergeben. Es braucht daher regelmäßig für den Gegenbeweis kein besonderer Beweissaz abgefaßt zu werden. Nur da, wo wegen eines bereits genügend vorhandenen Hauptbeweises eine Hauptbeweisführung überflüssig und nur noch eine Gegenbeweisführung nothwendig ist, bedarf es für diese der Aufstellung eines sol-

3) Mittermaier im Archiv Bd. VI S. 356; vgl. auch Joachim Diss cit. §. VIII. Ob auch dann, wenn die Prämissen noch nicht gewiß sind, es also bezüglich dieser noch einer besondern Beweisführung bedarf, die Gegenbeweisführung gegen das Zutreffen der Rechtsvermuthung besonders aufgelegt werden müsse, oder ob sie dann wenigstens blos vorbehalten zu werden brauche: das ist eine Frage, welche wesentlich mit der andern zusammenhängt, wie der Beweissaz beim Vorhandensein einer Rechtsvermuthung zu fassen sei. Es fragt sich nämlich, ob derselbe blos auf die Prämissen oder auf den ganzen, durch die Rechtsvermuthung zu bewahrheitenden Saz zu richten sei. Dieser Frage wurde bisher, soviel wenigstens dem Verfasser bekannt, noch nirgends die gebührende Beachtung zu Theil. Es wäre zu wünschen, daß sie recht bald einen gründlichen Bearbeiter fände, zumal ihre Entscheidung auch für die Frage, ob wider den gegen das Zutreffen einer Rechtsvermuthung geführten Beweis eine Gegenbeweisführung zu gestatten sei, von der größten Wichtigkeit ist.

chen besondern Beweissazes. Es könnte ja sonst der Gegenbeweisführer nicht wissen, worauf er seine Gegenbeweisführung zu richten habe.

Wir erhalten demnach das einfache Ergebniß: Ob die Gegenbeweisführung blos vorbehalten, oder ob sie ausdrücklich aufgelegt wird, ob für sie ein besonderer Beweissaz aufgestellt wird oder nicht: das sind blos Formen, denen juristisch keine eigenthümliche Wirkung zukommt[4]). Blos vorbehalten oder ganz mit Stillschweigen übergangen wird die Gegenbeweisführung, und kein besonderer Beweissaz wird für dieselbe aufgestellt, wenn dadurch kein Mißverständniß entsteht. Wo aber dies zu besorgen ist, da bedarf es auch für die Gegenbeweisführung immer einer besondern Auflage und der Abfassung eines eigenen Beweissazes.

---

4) Ohne alle Wirkung sind natürlich diese Formen nicht, insofern ja die Form stets auch mehr oder minder auf das Materielle zurückwirkt. Namentlich kann wegen des Grundsazes der Rechtskraft die Form von großer Bedeutung werden Danach ist denn allerdings das Interesse des Gegenbeweisführers weit weniger leicht gefährdet, wenn die Gegenbeweisführung sich von selbst versteht, als wenn sie ausdrücklich vorbehalten oder aufgelegt werden muß. Denn während im erstern Falle, auch wenn der Vorbehalt vergessen wäre, dem Gegenbeweisführer die Rechtskraft des Beweisurtheils keinen Schaden bringt, so wird ihm daraus im leztern ein sehr empfindlicher Nachtheil, nämlich der Verlust der Befugniß zur Gegenbeweisführung erwachsen.

Fitting, Hermann H.

Über den Begriff von Haupt- und Gegenbeweis u. verwandte Fragen

Erlangen 1853